FÁBIO KONDER COMPARATO

A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

VII EDIÇÃO

Editora Saraiva

FÁBIO KONDER COMPARATO

A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

VII EDIÇÃO

Editora Saraiva

Sumário

FÁBIO KONDER COMPARATO

Doutor *Honoris Causa* da Universidade de Coimbra
Doutor em Direito da Universidade de Paris
Professor Emérito da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

7ª edição, revista e atualizada
2010

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909
PABX: (11) 3613 3000
SACJUR: 0800 055 7688
De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE
Rua Costa Azevedo, 56 – Centro
Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus
BAHIA/SERGIPE
Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0959 – Salvador
BAURU (SÃO PAULO)
Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro
Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru
CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO
Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza
DISTRITO FEDERAL
SIG QD 3 Bl. B – Loja 97 – Setor Industrial Gráfico
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 – Brasília
GOIÁS/TOCANTINS
Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882/3212-2806
Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia
MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO
Rua 14 de Julho, 3148 – Centro
Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande
MINAS GERAIS
Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha
Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte
PARÁ/AMAPÁ
Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 – Belém
PARANÁ/SANTA CATARINA
Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba
PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS
Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife
RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)
Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro
Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto
RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565
Rio de Janeiro
RIO GRANDE DO SUL
Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos
Fone/Fax: (51) 3371-4001/3371-1467 / 3371-1567
Porto Alegre
SÃO PAULO
Av. Marquês de São Vicente, 1697 – Barra Funda
Fone: PABX (11) 3613-3000 – São Paulo

ISBN : 9788502087217

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Comparato, Fábio Konder
A afirmação histórica dos direitos humanos / Fábio Konder Comparato. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2010.
1. Direitos humanos 2. Direitos humanos (Direito internacional) 3. Direitos humanos – História I. Título.

09-10426
CDU-342.7

Índice para catálogo sistemático:
1. Direitos humanos : Direito público 342.7

Diretor editorial *Antonio Luiz de Toledo Pinto*
Diretor de produção editorial *Luiz Roberto Curia*
Editora *Manuella Santos*
Assistente editorial *Daniela Leite Silva*
Produção editorial *Ligia Alves*
Clarissa Boraschi Maria Coura
Estagiário *Vinicius Asevedo Vieira*
Preparação de originais *Maria Lúcia de Oliveira Godoy*
Arte e diagramação *Cristina Aparecida Agudo de Freitas*
Sônia de Paiva Lima
Revisão de provas *Rita de Cássia Queiroz Gorgati*
Adriana Barbieri de Oliveira
Amanda Maria de Carvalho
Serviços editoriais *Ana Paula Mazzoco*
Carla Cristina Marques
Elaine Cristina da Silva
Capa *Isabel Konder Comparato*
Imagem da capa *Manuscrito da Declaração dos Direitos Humanos*

Data de fechamento da edição: 1°-10-2009

Dúvidas?
Acesse www.saraivajur.com.br

Ad Conimbrigensem Universitatem
studiorum lusitanorum gentium matrem
offertum.

Para
Bruno, Isabel e Mariane:
meus filhos, minhas alegrias.

“Não se deve nunca esgotar de tal modo um assunto, que não se deixe ao leitor nada a fazer. Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar.”

MONTESQUIEU, Do Espírito das Leis, livro XI, capítulo XX.

INTRODUÇÃO

SENTIDO E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Situação do Homem no Mundo

O que se conta, nestas páginas, é a parte mais bela e importante de toda a História: a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém — nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação — pode afirmar-se superior aos demais.

Este livro procura mostrar como se foram criando e estendendo progressivamente, a todos os povos da Terra, as instituições jurídicas de defesa da dignidade humana contra a violência, o aviltamento, a exploração e a miséria.

Tudo gira, assim, em torno do homem e de sua eminente posição no mundo. Mas em que consiste, afinal, a dignidade humana?

A resposta a essa indagação fundamental foi dada, sucessivamente, no campo da religião, da filosofia e da ciência.

A justificativa religiosa da preeminência do ser humano no mundo surgiu com a afirmação da fé monoteísta. A grande contribuição do povo da Bíblia à humanidade, uma das maiores, aliás, de toda a História, foi a ideia da criação do mundo por um Deus único e transcendente. Os deuses antigos, de certa forma, faziam parte do mundo, como super-homens, com as mesmas paixões e defeitos do ser humano. Iahweh, muito ao contrário, como criador de tudo o que existe, é anterior e superior ao mundo.

Diante dessa transcendência divina, os dias do homem, disse o salmista, "são como a relva; ele floresce como a flor do campo, roça-lhe um vento e já desaparece, e ninguém mais reconhece seu lugar" (Salmo 103). No entanto, a criatura humana ocupa uma posição eminente na ordem da criação. Deus lhe deu poder sobre "os peixes do mar, as aves do céu, os animais domésticos, todas as feras e todos os répteis que rastejam sobre a terra" (Gênesis 1, 26). A cada um deles o homem deu um nome (2, 19), o que significa, segundo velhíssima crença, submeter o nomeado ao poder do nomeante[1]. É o que o Salmo 8 exprimiu em forma cintilante:

"Quando vejo o céu, obra dos teus dedos, a lua e as estrelas que fixaste,

que é um mortal, para dele te lembrares,

e um filho de Adão, que venhas visitá-lo?

E o fizeste pouco menos do que um deus, coroando-o de glória e beleza.

Para que domine as obras de tuas mãos sob seus pés tudo colocaste:

ovelhas e bois, todos eles, e as feras do campo também; as aves do céu e os peixes do oceano que percorrem as sendas dos mares".

Mais tarde, com a afirmação da natureza essencialmente racional do ser humano, põe-se nova justificativa para a sua eminente posição no mundo. A sabedoria grega expressou-a com vigor, pela voz dos poetas e filósofos. Numa passagem do *Prometeu Acorrentado* (445-470) que marca a transição da explicação religiosa para a filosófica, Ésquilo põe na boca do titã as seguintes palavras:

"Ouça agora as misérias dos mortais e perceba como, de crianças que eram, eu os fiz seres de razão, capazes de pensar. Quero dizê-lo aqui, não para denegrir os homens, mas para lhe mostrar minha bondade para com eles. No início eles enxergavam sem ver, ouviam sem compreender, e, semelhantes às formas oníricas, viviam sua longa existência na desordem e na confusão. Eles desconheciam as casas ensolaradas de tijolo, ignoravam os trabalhos de carpintaria; viviam debaixo da terra, como ágeis formigas, no fundo de grotas sem sol. Para eles, não havia sinais seguros nem do inverno nem da primavera florida nem do verão fértil; faziam tudo sem recorrer à razão, até o momento em que eu lhes ensinei a árdua ciência do nascente e do poente dos astros. Depois, foi a vez da ciência dos números, a primeira de todas, que inventei para eles, assim como a das letras combinadas, memória de todas as coisas, labor que engendra as artes. Fui também o primeiro a subjugar os animais, submetendo-os aos arreios ou a um cavaleiro, de modo a substituir os homens nos grandes trabalhos agrícolas, e atrelei às carruagens os cavalos dóceis com que se ornamenta o fasto opulento. Fui o único a inventar os veículos com asas de tecido, os quais permitem aos marinheiros correr os mares".

Na verdade, a indagação central de toda a filosofia é bem esta: — Que é o homem? A sua simples formulação já postula a singularidade eminente deste ser, capaz de tomar a si mesmo como objeto de reflexão. A característica da racionalidade, que a tradição ocidental sempre considerou como atributo exclusivamente humano, revela-se sobretudo nesse sentido reflexivo, a partir do qual, como se sabe, Descartes deu início à filosofia moderna.

A justificativa científica da dignidade humana sobreveio com a descoberta do processo de evolução dos seres vivos, embora a primeira explicação do fenômeno, na obra de Charles Darwin, rejeitasse todo finalismo, como se a natureza houvesse feito várias tentativas frustradas, antes de encontrar, por mero acaso, a boa via de solução para a origem da espécie humana.

Ora, apesar da aceitação geral das explicações darwinianas, vai aos poucos abrindo caminho no mundo científico a convicção de que não é por acaso que o ser humano representa o ápice de toda a cadeia evolutiva das espécies vivas. A própria dinâmica da evolução vital se organiza em função do homem.

Os partidários do chamado “princípio antrópico”[2] reconhecem que os dados científicos não permitem afirmar (nem negar, aliás) que o mundo e o homem existem e evoluem em razão da vontade de um sujeito transcendente, que tudo criou e tudo pode destruir. O que esses cientistas sustentam, com bons argumentos, é que o encadeamento sucessivo das etapas evolutivas obedece, objetivamente, a uma orientação finalística, inscrita na própria lógica do processo, e sem a qual a evolução seria racionalmente incompreensível. A transformação biológica dos hominídeos, aliás, como hoje se reconhece, é um processo único e insuscetível de reprodução[3]. Nestas condições, é razoável aceitar-se, como postulado científico, que toda a evolução das espécies vivas se encaminhou aleatoriamente em direção ao ser humano, como poderia, também de forma puramente aleatória, ter conduzido à degeneração e à morte universal?

Muito mais abstrusa que a explicação mitológica e religiosa tradicional parece, assim, a ideia de que o advento do ser humano na face da Terra seria o resultado de um estupendo acaso. Pois se a evolução avança sem rumo, como nave desbussolada através da História, esta nada mais seria, como exclamou o desespero de Macbeth, que *a tale, told by an idiot, full of sound and fury, signifying nothing*[4]. Se a humanidade ignora o sentido da Vida e jamais poderá discerni-lo, é impossível distinguir a justiça da iniquidade, o belo do horrendo, o criminoso do sublime, a dignidade do aviltamento. Tudo se identifica e se confunde, no magma caótico do absurdo universal, aquele mesmo abismo amorfo e tenebroso que, segundo o relato bíblico, precedeu a Criação.

Para a sabedoria antiga, aliás, a geração do mundo não tem apenas um sentido ontológico, com o nascimento dos diversos entes que o povoam. Ela exprime, antes, um sentido axiológico, com a organização de uma escala universal de valores, que vai aos poucos se explicitando.

É importante observar que, no relato bíblico da Criação, o mundo não surge instantaneamente, completo e acabado, das mãos do Criador. As criaturas vão se acrescentando, umas às outras, como etapas de um vasto programa, simbolicamente ordenado na duração de um ciclo lunar. O primeiro casal humano só entra em cena na derradeira etapa do processo genesíaco, quando todos os demais seres terrestres já haviam sido engendrados. Na tradição eloísta[5], o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus (Gn 1, 26-27). Já na tradição javista, diferentemente, “Deus modelou o homem com a argila do solo” — *adamah*, em hebraico, nome coletivo que passa a designar o primeiro ser humano, Adão (Gn 2, 7). A Bíblia apresenta, pois, o homem como situado entre o Céu e a Terra, como um ser a um só tempo espiritual e terreno.

Ora, a verdade — hoje indiscutível, de resto, no meio científico — é que o curso do processo de evolução vital foi substancialmente influenciado pela aparição da espécie humana. A partir de então, surge em cena um ser capaz de agir sobre o mundo físico, sobre o conjunto das espécies vivas e sobre si próprio, enquanto elemento integrante da biosfera. O homem passa a alterar o meio ambiente e, ao final, com a descoberta das leis da genética, adquire os instrumentos hábeis a

interferir no processo generativo e de sobrevivência de todas as espécies vivas, inclusive a sua própria. Na atual etapa da evolução, como todos reconhecem, o componente cultural é mais acentuado que o componente "natural". Até o aparecimento da linguagem, a evolução cultural foi quase imperceptível. A partir de então, no entanto, ou seja, a contar desse marco histórico decisivo, há cerca de 40.000 anos, a evolução cultural cresceu mais rapidamente do que nos milhões de anos que a precederam[6]. O homem perfaz indefinidamente a sua própria natureza — por assim dizer, inacabada — ao mesmo tempo em que "hominiza" a Terra, tornando-a sempre mais dependente de si próprio.

Foi exatamente essa concepção do homem — demiurgo de si mesmo e do mundo em torno de si — que um jovem humanista italiano, Giovanni Pico, senhor de Mirandola e Concordia, apresentou em 1486 em famoso discurso acadêmico[7].

Imaginou ele que o Criador, ao completar sua obra, havendo povoado a região supraceleste com puros espíritos e o mundo terrestre com uma turba de animais de toda espécie, vis e torpes, percebeu que ainda faltava alguém, nesse vasto cenário, capaz de apreciar racionalmente a obra divina, de amar sua beleza e admirar-lhe a vastidão.

A dificuldade, no entanto, é que já não havia um modelo próprio e específico para a composição dessa última criatura. Todas as formas possíveis — de grau ínfimo, médio ou superior — haviam sido utilizadas e especificadas na criação dos demais seres. Decidiu então o Criador, em sua infinita sabedoria, que àquele a quem nada mais podia atribuir de próprio fosse conferido, em comum, tudo o que concedera singularmente às outras criaturas. Mais do que isso, determinou Deus que o homem fosse um ser naturalmente incompleto.

> "Não te damos, ó Adão, nem um lugar determinado nem um aspecto próprio nem uma função peculiar, a fim de que o lugar, o aspecto ou a função que desejares, tu os obtenhas e conserves por tua escolha e deliberação próprias. A natureza limitada dos outros seres é encerrada no quadro de leis que prescrevemos. Tu, diversamente, não constrito em limite algum, determinarás tua natureza segundo teu arbítrio, a cujo poder te entregamos. Pusemos-te no centro do mundo, para que daí possas examinar à tua roda tudo o que nele se contém. Não te fizemos nem celeste nem imortal, para que tu mesmo, como artífice por assim dizer livre e soberano, te possas plasmar e esculpir na forma que escolheres. Poderás te rebaixar à irracionalidade dos seres inferiores; ou então elevar-te ao nível divino dos seres superiores".

A sabedoria telúrica do Riobaldo, de *Grande Sertão: Veredas* , exprimiu a mesma convicção, no doce falar dos Gerais:

"Mire, veja: o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas — mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam".

Na verdade, a primeira reflexão do homem sobre si mesmo surgiu, concomitantemente, em várias civilizações, num período decisivo da História.

O Período Axial e seus Desdobramentos

Numa interpretação que Toynbee considerou iluminante[8], Karl Jaspers[9] sustentou que o curso inteiro da História poderia ser dividido em duas etapas, em função de uma determinada época, entre os séculos VIII e II a.C., a qual formaria, por assim dizer, o eixo histórico da humanidade. Daí a sua designação, para essa época, de período axial (*Achsenzeit*).

No centro do período axial, entre 600 e 480 a.C., coexistiram, sem se comunicarem entre si, alguns dos maiores doutrinadores de todos os tempos: Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsé e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e o Dêutero-Isaías em Israel. Todos eles, cada um a seu modo, foram autores de visões do mundo, a partir das quais estabeleceu-se a grande linha divisória histórica: as explicações mitológicas anteriores são abandonadas, e o curso posterior da História passa a constituir um longo desdobramento das ideias e princípios expostos durante esse período.

O século VIII a.C. é apontado como o início do período axial[10], não só porque é o século de Homero, mas sobretudo porque nele surgiram os profetas de Israel, notadamente Isaías, aos quais se deve a elaboração do autêntico monoteísmo. Até então, com efeito, a religião dos hebreus era, como já se disse, de certa maneira uma monolatria: só Iahweh podia ser adorado como Deus verdadeiro, mas a existência de outras divindades era, não raro, admitida.

Foi durante o período axial que se enunciaram os grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais de vida, em vigor até hoje.

No século V a.C., tanto na Ásia quanto na Grécia (o “século de Péricles”), nasce a filosofia, com a substituição, pela primeira vez na História, do saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão. O indivíduo ousa exercer a sua faculdade de crítica racional da realidade.

Nesse mesmo século, em Atenas, surgem concomitantemente a tragédia e a democracia, e essa sincronia, como se observou, não foi meramente casual[11]. A supressão de todo poder político superior ao do próprio povo coincidiu, historicamente, com o questionamento dos mitos religiosos tradicionais. Qual deveria ser, doravante, o critério supremo das ações humanas? Não poderia ser outro senão o próprio homem. Mas como definir esse critério, ou, melhor dizendo, quem é o homem? Se já não há nenhuma justificativa ética para a organização da vida humana em sociedade numa instância superior ao povo, o homem torna-se, em si mesmo, o principal objeto de análise e reflexão. A tragédia grega, muitos séculos antes da psicanálise, representou a primeira grande introspecção nos subterrâneos da alma humana, povoados de paixões, sentimentos e emoções, de caráter irracional e incontrolável. O homem aparece, aos seus próprios olhos, como um problema, ele é em si mesmo um problema, no sentido que a palavra tomou desde logo entre os geômetras gregos: um obstáculo à compreensão, uma dificuldade proposta à razão humana.

Na linha dessa tendência à racionalização, durante o período axial, as religiões tornam-se mais éticas e menos rituais ou fantásticas. Em lugar dos antigos cultos da natureza, ou da adoração dos soberanos políticos, busca-se alcançar uma esfera transcendental ao mundo e aos homens; ou então, como na China, desenvolve-se a veneração aos antepassados como modelos éticos para as novas gerações. Algumas ideias cardeais do ensinamento de Zaratustra — a imortalidade da alma, o Julgamento Final, a atuação divina sobre o mundo através do Espírito Santo — são assimiladas pelo judaísmo e, por intermédio deste, passam ao cristianismo e ao islamismo.

A fé monoteísta alcança em Israel sua expressão mais pura no século VI a.C. com o Dêutero-Isaías, o autor anônimo dos capítulos 40 a 55 do Livro de Isaías. A relação religiosa torna-se mais pessoal e o culto menos coletivo ou indireto: a grande inovação é que os indivíduos podem, doravante, entrar em contato direto com Deus, sem necessidade da intermedição sacerdotal ou grupal. Enquanto isso, a força da ideia monoteísta acaba por transcender os limites do nacionalismo religioso, preparando o caminho para o culto universal do Deus único e a concórdia final das nações[12]. O cristianismo, em particular, levou às últimas consequências o ensinamento ecumênico de Isaías, envolvendo-o na exigência de amor universal[13].

Por outro lado, em meio à multidão dos mini-Estados e cidades-Estados da época, com culturas locais próprias e em perpétua guerra entre si, começam a ser tecidos laços de aproximação e compreensão mútua entre os diversos povos. Confúcio e Moti fundam as primeiras escolas, às quais acorrem alunos de todas as partes da China. Buda inicia seus longos périplos pelo vasto continente indiano. Os filósofos gregos viajam pela bacia do Mediterrâneo como exploradores e conselheiros de governantes. As primeiras escolas de filosofia instalam-se na Grécia, atraindo discípulos de toda a Hélade. Heródoto narra suas viagens, comparando os diferentes costumes e tradições dos povos, o que ensejou a compreensão da relatividade das civilizações.

Em suma, é a partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.

Vejamos como se foram elaborando historicamente esses conceitos.

A Pessoa Humana e seus Direitos

A ideia de que os indivíduos e grupos humanos podem ser reduzidos a um conceito ou categoria geral, que a todos engloba, é de elaboração recente na História. Como observou um antropólogo[14], nos povos que vivem à margem do que se

convencionou classificar como civilização, não existe palavra que exprima o conceito de ser humano: os integrantes do grupo são chamados "homens", mas os estranhos ao grupo são designados por outra denominação, a significar que se trata de indivíduos de uma espécie animal diferente.

Foi durante o período axial da História, como se acaba de assinalar, que despontou a ideia de uma igualdade essencial entre todos os homens. Mas foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos".

Ora, essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada.

A lei escrita alcançou entre os judeus uma posição sagrada, como manifestação da própria divindade. Mas foi na Grécia, mais particularmente em Atenas, que a preeminência da lei escrita tornou-se, pela primeira vez, o fundamento da sociedade política. Na democracia ateniense, a autoridade ou força moral das leis escritas suplantou, desde logo, a soberania de um indivíduo ou de um grupo ou classe social, soberania esta tida doravante como ofensiva ao sentimento de liberdade do cidadão. Para os atenienses, a lei escrita é o grande antídoto contra o arbítrio governamental, pois, como escreveu Eurípides na peça *As Suplicantes* (versos 434-437), "uma vez escritas as leis, o fraco e o rico gozam de um direito igual; o fraco pode responder ao insulto do forte, e o pequeno, caso esteja com a razão, vencer o grande".

Mas ao lado da lei escrita (*nomos êngraphos*), havia também entre os gregos uma outra noção de igual importância: a de lei não escrita (*nomos ágraphos*). Tratava-se, a bem dizer, de noção ambígua, podendo ora designar o costume juridicamente relevante, ora as leis universais, originalmente de cunho religioso, as quais, sendo regras muito gerais e absolutas, não se prestavam a ser promulgadas no território exclusivo de uma só nação[15].

É neste último sentido que a expressão "leis não escritas" é usada na *Antígona*, de Sófocles, com o acréscimo do adjetivo "divinas". Sem dúvida, a proibição de se enterrarem os cadáveres dos cidadãos que se haviam revoltado contra o governo, com a cominação da pena de morte para o transgressor, era um simples decreto (*psefisma*) de Creonte, não uma lei autêntica (*nomos*), votada pelo povo; muito embora Sófocles, sem dúvida ignorante dessa distinção técnica, empregue sempre a palavra *nomos*. Mas a oposição substancial, denunciada por Antígona diante do tirano, continuaria a mesma, caso se tratasse realmente de uma lei:

"Sim, pois não foi Zeus que a proclamou (a 'lei' de Creonte)! Não foi a Justiça, sentada junto aos deuses do reino dos mortos; não, essas não são as leis que os deuses tenham algum dia prescrito aos homens, e eu não imaginava que as tuas

proibições pessoais fossem assaz poderosas para permitir a um mortal descumprir aquelas outras leis, não escritas, inabaláveis, as leis divinas! Estas não datam nem de hoje nem de ontem, e ninguém sabe o dia em que foram promulgadas. Poderia eu, por temor de alguém, qualquer que ele fosse, expor-me à vingança de tais leis ?” (versos 450-460).

Nas gerações seguintes, o caráter essencialmente religioso dessas “leis não escritas” foi sendo dissipado. Em Aristóteles, elas são chamadas “leis comuns”, reconhecidas pelo consenso universal, por oposição às “leis particulares”, próprias de cada povo[16]. Foi nessa acepção de leis comuns a todos os povos que os romanos adotaram a noção grega de leis não escritas, com a expressão *ius gentium*, isto é, o direito comum a todos os povos[17].

Descartado o fundamento religioso, foi preciso encontrar outra justificativa para a vigência dessas leis universais, aplicáveis portanto a todos os homens, em todas as partes do mundo. Para os sofistas e, mais tarde, para os estoicos, esse outro fundamento universal de vigência do direito só podia ser a natureza (*physis*).

No “século de Péricles”, Antifonte (480 — 411 a.C.)[18] fundou-se sobre a existência de uma igual natureza para todos os homens, em sua crítica à divisão da humanidade em gregos e bárbaros, aqueles obviamente superiores a estes:

“[…] os que descendem de ancestrais ilustres, nós os honramos e veneramos; mas os que não descendem de uma família ilustre, não honramos nem veneramos. Nisto, somos bárbaros, tal como os outros, uma vez que, pela natureza, bárbaros e gregos somos todos iguais. Convém considerar as necessidades que a natureza impõe a todos os homens; todos conseguem prover a essas necessidades nas mesmas condições; no entanto, no que concerne a todas essas necessidades, nenhum de nós é diferente, seja ele bárbaro ou grego: respiramos o mesmo ar com a boca e o nariz, todos nós comemos com o auxílio de nossas mãos […]”[19].

Em outros autores gregos, a igualdade essencial do homem foi expressa mediante a oposição entre a individualidade própria de cada homem e as funções ou atividades por ele exercidas na vida social. Essa função social designava-se, figurativamente, pelo termo *prósopon*, que os romanos traduziram por *persona*, com o sentido próprio de rosto ou, também, de máscara de teatro, individualizadora de cada personagem.

No diálogo *Alcibíades*, por exemplo, o Sócrates de Platão procura demonstrar que a essência do ser humano está na alma, não no corpo nem tampouco na união de corpo e alma, pois o homem serve-se de seu corpo como de um simples instrumento. De onde se segue que a individualidade de cada ser humano não pode ser confundida com a sua aparência, estampada no rosto (*prósopon*):

“ — *Sócrates*: Ah! estou vendo, era isto que, há pouco, dizíamos: que Sócrates, servindo-se da palavra, fala com Alcibíades; que ele não se dirige ao teu rosto (*ou pros to son prósopon*), mas ao próprio Alcibíades. Ora, tu és a tua alma!” (130, *e*).

A oposição entre a máscara teatral (papel de cada indivíduo na vida social) e a

essência individual de cada ser humano — que veio a ser denominada com o termo **personalidade** — foi, em seguida, longamente discutida e aprofundada pelos estoicos.

A filosofia estoica desenvolveu-se durante seis séculos, desde o momento em que Zenão de Cítio começou a ensinar em Atenas, em 321 a.C., até a segunda metade do século III da era cristã. Mas os seus princípios permaneceram em vigor durante toda a Idade Média e mesmo além dela.

Muito embora não se trate de um pensamento sistemático, o estoicismo organizou-se em torno de algumas ideias centrais, como a unidade moral do ser humano e a dignidade do homem, considerado filho de Zeus e possuidor, em consequência, de direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo, não obstante as inúmeras diferenças individuais e grupais.

Foi, justamente, para explicar essa unidade substancial do ser humano, distinta da aparência corporal, ou das atividades que cada qual exerce na sociedade, que os estoicos lançaram mão dos conceitos de *hypóstasis* e de *prósopon*. O primeiro, correlato de *ousía*, que na língua latina traduziu-se por *substantia* , significava o substrato ou suporte individual de algo. Epicteto pôde assim dizer, numa das suas lições de vida[20]:

“Lembra-te que és ator de um drama, breve ou longo, segundo a vontade do autor. Se é um papel (*prósopon*) de mendigo que ele te atribui, mesmo este representa-o com talento; da mesma forma, se é o papel de coxo[21], de magistrado, de simples particular. Pois cabe-te representar bem o personagem (*prósopon*) que te foi confiado, pela escolha de outrem”.

Em outra passagem de sua obra, ele reafirma a ideia de que o papel dramático que cada um de nós representa na vida não se confunde com a individualidade pessoal:

“Haverá um tempo em que os atores trágicos acreditarão que suas máscaras (*prósopa*), seus calçados[22], suas roupas, são eles mesmos. Homem, tu nada mais és aqui do que matéria para a tua ação e teu papel (*prósopon*) a desempenhar. Fala um pouco para se ver se és um ator trágico ou cômico; pois, exceto a voz, tudo o mais é comum a um e outro; e se lhe tiramos os calçados e a máscara (*prósopon*), se ele se apresenta em cena com a sua própria individualidade, o ator trágico desaparece ou sobrevive ainda? Se ele tem a voz correspondente (a esse papel), sobrevive”[23].

Na tradição bíblica, Deus é o modelo de pessoa para todos os homens. Sem dúvida, o cristianismo, proclamando o dogma da Santíssima Trindade (três pessoas com uma só substância), quebrou a unidade absoluta e transcendental da pessoa divina. Mas, em compensação, Jesus de Nazaré concretizou na História o modelo ético de pessoa, e tornou aos homens mais acessível a sua imitação.

Não foi somente este, porém, o ponto de ruptura do cristianismo com o judaísmo. A partir da pregação de Paulo de Tarso, o verdadeiro fundador da religião cristã

enquanto corpo doutrinário, passou a ser superada a ideia de que o Deus único e transcendente havia privilegiado um povo entre todos, escolhendo-o como seu único e definitivo herdeiro. Algumas passagens dos Evangelhos demonstram o inconformismo de Jesus com essa concepção nacionalista da religião[24]. São Paulo levou o universalismo evangélico às últimas consequências, ao afirmar que, diante da comum filiação divina, "já não há nem judeu nem grego, nem escravo nem livre, nem homem nem mulher"[25].

Mas essa igualdade universal dos filhos de Deus só valia, efetivamente, no plano sobrenatural, pois o cristianismo continuou admitindo, durante muitos séculos, a legitimidade da escravidão, a inferioridade natural da mulher em relação ao homem, bem como a dos povos americanos, africanos e asiáticos colonizados, em relação aos colonizadores europeus. Ao se iniciar a colonização moderna com a descoberta da América, grande número de teólogos sustentou que os indígenas não podiam ser considerados iguais em dignidade ao homem branco. No famoso debate que o opôs a Bartolomeu de Las Casas, no concílio de Valladolid em 1550, perante o imperador Carlos V, Juan Ginés de Sepúlveda sustentou que os índios americanos eram "inferiores aos espanhóis, assim como as crianças em relação aos adultos, as mulheres em relação aos homens, e até mesmo, pode-se dizer, como os macacos em relação aos seres humanos".

De qualquer forma, a mensagem evangélica postulava, no plano divino, uma igualdade de todos os seres humanos, apesar de suas múltiplas diferenças individuais e grupais. Competia, portanto, aos teólogos aprofundar a ideia de uma natureza comum a todos os homens, o que acabou sendo feito a partir dos conceitos desenvolvidos pela filosofia grega.

A primeira grande discussão conceitual entre os doutores da Igreja, no entanto, não ocorreu a respeito do ser humano, e sim da identidade de Jesus Cristo. No primeiro concílio ecumênico, reunido em Niceia em 325, cuidou-se de decidir sobre a ortodoxia ou heterodoxia de duas interpretações antagônicas da identidade de Jesus: a que o apresentava como possuidor de uma natureza exclusivamente divina (daí o nome de monofisitas atribuído aos partidários dessa crença), e a doutrina ariana, segundo a qual Jesus fora efetivamente gerado pelo Pai, não tendo portanto uma natureza consubstancial a este. Os padres conciliares recorreram, para a solução da controvérsia, aos conceitos estoicos de *hypóstasis* e *prósopon*, decidindo, como dogma de fé, que a *hypóstasis* de Jesus Cristo apresentava uma dupla natureza, humana e divina, numa única pessoa, vale dizer, numa só aparência[26].

A segunda fase na história da elaboração do conceito de pessoa inaugurou-se com Boécio, no início do século VI. Seus escritos influenciaram profundamente todo o pensamento medieval. Ao rediscutir o dogma proclamado em Niceia, Boécio identificou de certa forma *prósopon* com *hypóstasis,* e acabou dando à noção de pessoa um sentido muito diverso daquele empregado pelo Concílio. Em definição que se tornou clássica, entendeu Boécio que *persona proprie dicitur naturae rationalis individua substantia* ("diz-se propriamente pessoa a subs-tância

individual da natureza racional")[27]. Aqui, como se vê, a pessoa já não é uma exterioridade, como a máscara de teatro, mas a própria substância do homem, no sentido aristotélico; ou seja, a forma (ou fôrma) que molda a matéria e que dá ao ser de determinado ente individual as características de permanência e invariabilidade. A substância é a característica própria de um ser, isto é, como se dizia em linguagem escolástica, a sua *quidditas* [28]. A definição boeciana de pessoa foi integralmente adotada por Santo Tomás na *Summa Theologiae*, com expresso recurso aos conceitos de *substantia* ou *hypóstasis*[29]. Para ele, o homem seria um composto de substância espiritual e corporal[30].

Foi, de qualquer forma, sobre a concepção medieval de pessoa que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo ser humano, não obstante a ocorrência de todas as diferenças individuais ou grupais, de ordem biológica ou cultural. E é essa igualdade de essência da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos. A expressão não é plenonástica, pois que se trata de direitos comuns a toda a espécie humana, a todo homem enquanto homem, os quais, portanto, resultam da sua própria natureza, não sendo meras criações políticas.

Desse fundamento, igual para todos os homens, os escolásticos e canonistas medievais tiraram a conclusão lógica de que todas as leis contrárias ao direito natural não teriam vigência ou força jurídica; ou seja, lançaram-se as bases de um juízo de constitucionalidade *avant la lettre*. No *Decretum* (*Dist.* 9, cânon 1), Graciano, o pai do direito canônico, afirmou que "as normas positivas, tanto eclesiásticas quanto seculares, uma vez demonstrada a sua contrariedade com o direito natural, devem ser totalmente excluídas".

A terceira fase na elaboração teórica do conceito de pessoa, como sujeito de direitos universais, anteriores e superiores, por conseguinte, a toda ordenação estatal, adveio com a filosofia kantiana.

O primeiro postulado ético de Kant[31] é o de que só o ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação de leis ou princípios; só um ser racional tem vontade, que é uma espécie de razão, denominada razão prática. A representação de um princípio objetivo, enquanto obrigatório para uma vontade, chama-se ordem ou comando (*Gebot*) e se formula por meio de um imperativo. Segundo o filósofo, há duas espécies de imperativo. De um lado, os hipotéticos, que representam a necessidade prática de uma ação possível, considerada como meio de se conseguir algo desejado. De outro lado, o imperativo categórico, que representa uma ação como sendo necessária por si mesma, sem relação com finalidade alguma, exterior a ela.

Ora, o princípio primeiro de toda a ética é o de que "o ser humano e, de modo geral, todo ser racional, *existe* como um fim em si mesmo, *não simplesmente como meio* do qual esta ou aquela vontade possa servir-se a seu talante"[32]. E prossegue: "Os entes, cujo ser na verdade não depende de nossa vontade, mas da natureza, quando irracionais, têm unicamente um valor relativo, como meios, e chamam-se por isso *coisas*; os entes racionais, ao contrário, denominam-se *pessoas*, pois são

marcados, pela sua própria natureza, como fins em si mesmos; ou seja, como algo que não pode servir simplesmente de meio, o que limita, em consequência, nosso livre arbítrio”[33].

Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.

Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo homem tem *dignidade* e não um *preço*, como as coisas. A humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma[34].

Pela sua vontade racional, a pessoa, ao mesmo tempo que se submete às leis da razão prática, é a fonte dessas mesmas leis, de âmbito universal, segundo o imperativo categórico — “*age unicamente segundo a máxima, pela qual tu possas querer, ao mesmo tempo, que ela se transforme em lei geral*”[35].

A oposição ética entre pessoas e coisas, sustentada por Kant, alarga e aprofunda a tradicional dicotomia, herdada do direito romano, entre *personae* e *res*. Nas *Institutas* de Gaio (1, 8), por exemplo, o direito é classificado, em sua totalidade, em função de três categorias: pessoas, coisas e ações: *“omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones”* (“todo o direito de que usamos ou respeita às pessoas, ou às coisas, ou às ações”). Mas o jurisprudente acrescenta, imediatamente (1, 9), que a *summa divisio* do direito pertinente às pessoas é entre homens livres e escravos (*“Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi”*).

A escravidão acabou sendo universalmente abolida, como instituto jurídico, somente no século XX[36]. Mas a concepção kantiana da dignidade da pessoa como um fim em si leva à condenação de muitas outras práticas de aviltamento da pessoa à condição de coisa, além da clássica escravidão, tais como o engano de outrem mediante falsas promessas, ou os atentados cometidos contra os bens alheios[37]. Ademais, disse o filósofo, se o fim natural de todos os homens é a realização de sua própria felicidade, não basta agir de modo a não prejudicar ninguém. Isto seria uma máxima meramente negativa. Tratar a humanidade como um fim em si implica o dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim de outrem. Pois sendo o sujeito um fim em si mesmo, é preciso que os fins de outrem sejam por mim considerados também como meus[38].

A criação do universo concentracionário, no século XX, veio demonstrar tragicamente a justeza da visão ética kantiana. Antes de serem instituições penais ou fábricas de cadáveres, o *Gulag* soviético e o *Lager* nazista foram gigantescas máquinas de despersonalização de seres humanos[39]. Ao dar entrada num campo de concentração nazista, o prisioneiro não perdia apenas a liberdade e a comunicação

com o mundo exterior. Não era, tão só, despojado de todos os seus haveres: as roupas, os objetos pessoais, os cabelos, as próteses dentárias. Ele era, sobretudo, esvaziado do seu próprio ser, da sua personalidade, com a substituição altamente simbólica do nome por um número, frequentemente gravado no corpo, como se fora a marca de propriedade de um gado. O prisioneiro já não se reconhecia como ser humano, dotado de razão e sentimentos: todas as suas energias concentravam-se na luta contra a fome, a dor e a exaustão. E nesse esforço puramente animal, tudo era permitido: o furto da comida dos outros prisioneiros, a delação, a prostituição, a bajulação sórdida, o pisoteamento dos mais fracos.

Analogamente, a transformação das pessoas em coisas realizou-se de modo menos espetacular, mas não menos trágico, com o desenvolvimento do sistema capitalista de produção. Como denunciou Marx, ele implica a reificação (*Verdinglichung*) das pessoas; ou melhor, a inversão completa da relação pessoa-coisa. Enquanto o capital é, por assim dizer, personificado e elevado à dignidade de sujeito de direito, o trabalhador é aviltado à condição de mercadoria, de mero insumo no processo de produção, para ser ultimamente, na fase de fastígio do capitalismo financeiro, dispensado e relegado ao lixo social como objeto descartável. O mesmo processo de reificação acabou transformando hodiernamente o consumidor e o eleitor, por força da técnica de propaganda de massa, em mero objeto de direito. E a engenharia genética, por sua vez, tornou possível a manipulação da própria identidade pessoal, ou seja, a fabricação do homem pelo homem[40].

Por outro lado, a ideia de que o princípio do tratamento da pessoa como um fim em si mesma implica não só o dever negativo de não prejudicar ninguém, mas também o dever positivo de obrar no sentido de favorecer a felicidade alheia constitui a melhor justificativa do reconhecimento, a par dos direitos e liberdades individuais, também dos direitos humanos à realização de políticas públicas de conteúdo econômico e social, tal como enunciados nos artigos XVIII a XXII da Declaração Universal dos Direitos Humanos[41].

Pois bem, a afirmação por Kant do valor relativo das coisas, em contraposição ao valor absoluto da dignidade humana, já prenunciava a quarta etapa histórica na elaboração do conceito de pessoa, a saber, a descoberta do mundo dos valores, com a consequente transformação dos fundamentos da ética.

O homem é o único ser, no mundo, dotado de *vontade*, isto é, da capacidade de agir livremente, sem ser conduzido pela inelutabilidade do instinto.

> “Conheço bem o homem, diz Deus,
> Fui eu que o fiz. É um ser curioso,
> Porque nele atua a liberdade, que é o mistério dos mis-
> térios”[42].

É sobre o fundamento último da liberdade que se assenta todo o universo axiológico, isto é, o mundo das *preferências valorativas*, bem como toda a ética de modo geral, ou seja, o mundo das *normas*, as quais, contrariamente ao que sucede

com as leis naturais, apresentam-se sempre como preceitos suscetíveis de consciente violação.

Graças ao pensamento inovador de Lotze, Brentano e Nietzsche, na segunda metade do século XIX, foi possível compreender que o bem e o mal não se encontram confinados nos objetos ou ações exteriores à nossa personalidade, mas resultam sempre de uma avaliação, isto é, da estima ou preferência que os bens da vida têm na consciência de cada indivíduo. Tal não significa, porém, operar nessa matéria uma revolução de 180°, ou seja, transferir o mundo dos valores, inteiramente, da realidade objetiva para a consciência subjetiva. que a axiologia revelou foi uma inter-relação sujeito-objeto, no sentido de que cada um de nós aprecia algo, porque o objeto dessa apreciação tem objetivamente um valor.

Em contraposição, se o homem não cria valores do nada, não é menos verdade que a avaliação individual dos bens da vida varia enormemente. Ora, isto exige, como condição da convivência humana harmoniosa, o consenso social sobre a força ética de uma tábua hierárquica de valores. Os bens ou ações humanas não se organizam, apenas, numa oposição primária de valores e contravalores. Existe também, necessariamente, em toda sociedade organizada, uma hierarquia a ser considerada, dentro de cada série positiva ou negativa: há sempre bens ou ações humanas que, objetivamente, valem mais que outros, ou que representam contravalores mais acentuados que outros, como obstáculo ao desenvolvimento da personalidade humana.

Em suma, a quarta etapa na compreensão da pessoa consistiu no reconhecimento de que o homem é o único ser vivo que dirige a sua vida em função de preferências valorativas. Ou seja, a pessoa humana é, ao mesmo tempo, o legislador universal, em função dos valores éticos que aprecia, e o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas valorativas[43].

A compreensão da realidade axiológica transformou, como não poderia deixar de ser, toda a teoria jurídica. Os direitos humanos foram identificados com os valores mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação.

Por outro lado, o conjunto dos direitos humanos forma um sistema correspondente à hierarquia de valores prevalecente no meio social; mas essa hierarquia axiológica nem sempre coincide com a consagrada no ordenamento positivo. Há sempre uma tensão dialética entre a consciência jurídica da coletividade e as normas editadas pelo Estado.

Em qualquer hipótese, no interior de cada sistema jurídico, essa organização hierárquica dos direitos humanos impõe, para a solução dos litígios, a exigência de um juízo axiológico ponderado, em função das circunstâncias do caso concreto: — A preferência deve ser dada, no caso, ao valor da intimidade pessoal, ou ao da dignidade do cargo público ocupado? O comportamento privado dos governantes deve sempre ser divulgado pelos meios de comunicação de massa, sem se considerar o valor da intimidade ou da honra pessoal? É o que a técnica jurídica

germânica denomina *Guter Abwägung* e a anglo-saxônica, *balancing.*

A quinta e última etapa na elaboração do conceito de pessoa abriu-se no século XX, com a filosofia da vida e o pensamento existencialista.

Reagindo contra a crescente despersonalização do homem no mundo contemporâneo, como reflexo da mecanização e burocratização da vida em sociedade, a reflexão filosófica da primeira metade do século XX acentuou o caráter único e, por isso mesmo, inigualável e irreprodutível da personalidade individual. Confirmando a visão da filosofia estoica, reconheceu-se que a essência da personalidade humana não se confunde com a função ou papel que cada qual exerce na vida. A pessoa não é personagem. A chamada qualificação pessoal (estado civil, nacionalidade, profissão, domicílio) é mera exterioridade, que nada diz da essência própria do indivíduo. Cada qual possui uma identidade singular, inconfundível com a de outro qualquer. Por isso, ninguém pode experimentar, existencialmente, a vida ou a morte de outrem: são realidades únicas e insubstituíveis. Como bem salientou Heidegger, é sempre possível morrer em lugar de outro; mas é radicalmente impossível assumir a experiência existencial da morte alheia[44].

Por outro lado, e em aparente contraste com essa afirmação da unicidade da pessoa humana, o pensamento filosófico do século XX pôs em foco a realidade essencialmente relacional da vida, já implicada, de certa forma, no inter-relacionamento sujeito-objeto, revelado pela teoria axiológica. A definição abstrata do homem, desligado do mundo, é mero *flatus vocis*[45]. O que existe como realidade segura, salientou Ortega y Gasset em ensaio publicado em 1914[46], não são as coisas exteriores, tal como o *Eu* as vê e pensa; nem o *Eu* cartesiano e idealista, que enxerga e interpreta o mundo exterior em função de si próprio. A realidade radical é a pessoa imersa no mundo: *yo soy yo y mi circunstancia*, entendendo-se como circunstância, no sentido do étimo latino, aquilo que envolve e impregna minha vida, e sem o que ela seria propriamente inconcebível. Heidegger, na mesma linha de pensamento, dá como característica essencial da pessoa o “ser-no-mundo” (*in-der-Welt-sein*)[47].

A biologia contemporânea veio, aliás, demonstrar que a modelação do complexo cerebral do homem realiza-se sobretudo após o nascimento e representa um produto do meio social. Contando com um estoque fantástico de mais de cem bilhões de neurônios, cada qual com dez mil conexões ou sinapses em média, o nosso cérebro passa por uma intensa modificação logo nos primeiros anos de vida: os neurônios considerados inúteis vão desaparecendo à razão de centenas de milhares por dia, ao mesmo tempo em que se realiza um gigantesco desenvolvimento do sistema de conexões, graças aos contatos do recém-nascido com o meio ambiente[48].

Por último, a reflexão filosófica contemporânea salientou que o ser do homem não é algo de permanente e imutável: ele é, propriamente, um vir-a-ser, um contínuo devir[49]. E isto, por duas razões.

Em primeiro lugar, porque a personalidade de cada ser humano é moldada por todo o peso do passado. Não é indiferente, para visualizar a mentalidade de alguém, situá-lo no momento histórico em que viveu: cada um de nós já nasce com uma visão de mundo moldada por todo um passado coletivo, carregado de valores, crenças e preconceitos. Sob este aspecto, por conseguinte, é impossível aplicar à pessoa humana a noção de natureza (*physis*), forjada pela filosofia grega, na medida em que, segundo a interpretação tradicional, ela refere-se sempre a algo permanente e imutável[50].

A ciência contemporânea, aliás, afasta-se sempre mais do pressuposto de equilíbrio estável, que dominou toda a teoria físico-química no passado. Reconhece-se, hoje, a função primordial do tempo irreversível na natureza, muito diferente do tempo reversível da física teórica, e, por conseguinte, a função decisiva das flutuações e da instabilidade. As leis naturais exprimem, assim, antes possibilidades do que determinismos necessários. Em todos os níveis, da cosmologia à vida social, passando pela geologia e a biologia, o caráter evolutivo da realidade afirma-se sempre mais claramente. Ou seja, a ordem no universo só pode ser mantida por meio de um processo incessante de auto-organização, com a permanente adaptação ao meio ambiente[51].

Além disso, a essência do ser humano é evolutiva, porque a personalidade de cada indivíduo, isto é, o seu ser próprio, é sempre, na duração de sua vida, algo de incompleto e inacabado, uma realidade em contínua transformação. Toda pessoa é um sujeito em processo de vir-a-ser. Retomando a ideia expressa no apólogo de Pico de la Mirandola[52], Heidegger salienta que o ser humano apresenta essa característica singular de um permanente inacabamento (*eine ständige Unabgeschlossenheit*)[53]. Neste sentido, pode-se dizer que o homem é o único ser incompleto pela sua própria essência; ou seja, ele não tem substância, no sentido clássico que o termo possui na filosofia grega, medieval e moderna. Lembremo-nos de que, para Boécio, a pessoa seria a substância individual da natureza racional. E Descartes, em seus *Principia Philosophiae* (I, 51), afirma que "por substância não podemos entender outra coisa, senão algo que existe de tal maneira que nada lhe falte para existir" (*per substantiam nihil aliud intelligere possumus, quam rem quae ita existit, ut nulla alia re indigeat ad existendum*). Nesse sentido, como disse Ortega y Gasset[54], o homem não é, ontologicamente falando, um ser suficiente mas, bem ao contrário, radicalmente indigente.

A ciência veio confirmar essa visão filosófica. A descoberta da estrutura do ADN (ácido desoxirribonucleico) por Watson e Crick, em 1953, revelou que cada um de nós carrega um patrimônio genético próprio e, salvo no caso de gêmeos homozigóticos, um patrimônio genético único. Sucede que a esse primeiro molde da personalidade individual deve ainda ser acrescida, como fator de diferenciação, a influência conjugada do meio orgânico, do meio social e do próprio indivíduo sobre si próprio[55]. O homem é o único primata cuja gestação, por causa do tamanho da caixa craniana, não pode ser levada ao seu termo biológico, pois o cérebro humano triplicou de tamanho no espaço de alguns milhões de anos[56].

Por outro lado, no quadro do evolucionismo, observou-se que, diferentemente das outras espécies vivas, a humanidade não evolui apenas no plano biológico, mas também no plano cultural; e que, graças a essa dimensão cultural, já se abriu ao ser humano a possibilidade de interferir sobre a evolução biológica de todas as espécies vivas, inclusive a sua[57].

As consequências dessa última etapa na elaboração do conceito da pessoa humana, para a teoria jurídica em geral e para o sistema de direitos humanos em particular, são da maior importância.

O caráter único e insubstituível de cada ser humano, portador de um valor próprio, veio demonstrar que a dignidade da pessoa existe singularmente em todo indivíduo; e que, por conseguinte, nenhuma justificativa de utilidade pública ou reprovação social pode legitimar a pena de morte. O homicídio voluntário do criminoso pelo Estado, ainda que ao cabo de um processo judicial regular, é sempre um ato eticamente injustificável, e a consciência jurídica contemporânea tende a considerá-lo como tal[58].

No tocante à vital dependência em que se encontra a humanidade em relação ao meio ambiente, é confortador assinalar os últimos desenvolvimentos do direito ecológico, notadamente a Convenção sobre a Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro em 5 de junho de 1992[59].

Por derradeiro, não se pode deixar de observar que as reflexões da filosofia contemporânea sobre a essência histórica da pessoa humana, conjugadas à comprovação do fundamento científico da evolução biológica, deram sólido fundamento à tese do caráter histórico (mas não meramente convencional) dos direitos humanos, tornando portanto sem sentido a tradicional querela entre partidários de um direito natural estático e imutável e os defensores do positivismo jurídico, para os quais fora do Estado não há direito.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada unanimemente pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948[60], condensou toda a riqueza dessa longa elaboração teórica, ao proclamar, em seu art. VI, que todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa.

Nem por isso, no entanto, os problemas ético-jurídicos foram eliminados. Ao contrário, o avanço tecnológico não cessa de criar problemas novos e imprevisíveis, à espera de uma solução satisfatória, no campo ético. Se todo ser humano deve ser havido, em qualquer lugar e circunstância, como pessoa, e em razão disso protegido pela ordem jurídica, a partir de que momento, precisamente, deve-se reconhecer a existência de um homem? Desde a fecundação do óvulo pelo esperma[61]? A partir de duas semanas após a concepção, como dispõe uma lei britânica? Ou apenas pelo nascimento com vida? No juízo da ética e do direito, o aborto intencional equivale a um homicídio?

O ser humano só começa a existir, como ente biologicamente distinto do organismo de sua matriz, a partir do nascimento com vida. Antes disso, ele é um projeto de ser humano.

Nem por isso, todavia, carece o embrião humano da dignidade inerente a essa condição. Ele não é uma coisa, mas, para todos os efeitos, deve ser tido como uma pessoa em potencial e, portanto, titular de direitos fundamentais, a começar pelo direito ao nascimento[62].

O que veio, no entanto, complicar esse raciocínio foi o aperfeiçoamento da técnica de fecundação artificial *in vitro*. O embrião ainda não implantado no útero não tem a menor possibilidade de se tornar um ser humano. A ciência ainda não logrou inventar a gestação extrauterina.

Quer isto dizer que os óvulos humanos fecundados artificialmente, enquanto conservados *in vitro,* podem ser tratados como simples coisas? Certamente não.

O que importa aqui é atentar para essa situação intermédia do zigoto ou óvulo fecundado e do feto no útero materno: não se trata de coisas, isto é, de não pessoas, mas ainda não estamos diante de um organismo autônomo e, portanto, de um ser humano inteiramente formado.

Algumas consequências éticas podem ser tiradas dessa condição biológica.

Em primeiro lugar, no tocante aos óvulos humanos conservados em laboratório, a sua utilização como objeto de experimentos científicos só se justifica quando observadas rigorosas condições. Os progenitores são conhecidos? Eles não pretendem dar início a um processo de gestação a partir desses óvulos já fecundados? Trata-se, ainda, de zigotos aptos a tanto? Há razões científicas para se esperar que a utilização de células desses embriões produza importantes resultados na cura de moléstias que afetam seriamente a vida humana? Não existem outros métodos terapêuticos para se chegar aos mesmos resultados?

Em segundo lugar, uma lógica consequência do fato de que o embrião humano deve ser protegido como pessoa em potencial é que essa proteção não se justifica quando o feto não tem a menor condição biológica de vida extrauterina, ou seja, quando ele não possui todos os órgãos essenciais para sobreviver duradouramente após o parto. É o caso bem conhecido dos embriões anencefálicos.

Numa outra ordem de considerações, os progressos da engenharia genética já prenunciam a viabilidade de uma manipulação do genoma para se obter aquilo que os cientistas anglófonos denominam *enhancement*, isto é, uma melhoria genética germinal, numa perspectiva eugênica: a criação de uma linhagem de homens e mulheres considerados mais belos, ou dotados de maior capacidade esportiva, ou com memória mais desenvolvida, por exemplo[63]. Da mesma sorte, os avanços tecnológicos permitem a realização, desde já, de operações de clonagem humana, seja para efeitos terapêuticos (tratamento de doenças neurodegenerativas mediante implantação de células geneticamente “limpas”), seja para a reprodução de gêmeos, tanto de indivíduos em vida quanto já mortos.

Na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, aprovada na 29ª sessão de sua conferência geral, em 1999, a UNESCO afirmou que “o genoma humano está na base da unidade fundamental de todos os membros

da família humana, assim como do reconhecimento de sua dignidade intrínseca e de sua diversidade". "Num sentido simbólico", acrescenta, "ele é patrimônio da humanidade" (art. 1°). "Cada indivíduo tem direito ao respeito de sua dignidade e de seus direitos, sejam quais forem suas características genéticas", sendo que "essa dignidade impõe a não redução dos indivíduos às suas características genéticas e o respeito do caráter único de cada um, bem como de sua diversidade" (art. 2°). A Declaração reconhece, ademais, a verdade científica de que "o genoma humano, pela sua natureza evolutiva, é sujeito a mutações", e que "ele encerra potencialidades que se exprimem diferentemente, de acordo com o meio ambiente natural e social de cada indivíduo, especialmente em razão do estado de saúde, das condições de vida, da nutrição e da educação" (art. 3°).

A partir dessas premissas fundamentais, a Declaração da UNESCO tira algumas conclusões importantes.

A primeira delas é de que "o genoma humano, em seu estado natural, não pode servir à obtenção de ganhos pecuniários" (art. 4°); vale dizer, ele não pode ser objeto de apropriação para fins de exploração empresarial.

Ora, a locução adjetiva "em seu estado natural", constante desse artigo, enfraquece sobremaneira o alcance do princípio aí afirmado. Se a revelação das sequências do genoma humano não pode ser objeto de patente industrial, pois ela representa uma simples descoberta e não uma invenção do engenho humano [64], poderíamos admitir, *a contrario sensu*, que o produto de uma manipulação genética é suscetível de proteção pelo sistema de propriedade intelectual? Em outras palavras, se a pessoa humana há de ser claramente distinguida das coisas, em qualquer circunstância, incluindo-se na categoria de coisas todos os animais; se, nessas condições, o homem não pode, sob pretexto algum, ser objeto de apropriação, haveria alguma razão ética capaz de justificar a utilização do genoma humano modificado como fonte de ganhos pecuniários, no sistema da propriedade industrial? Enfim, o genoma integra ou não a pessoa?

A segunda conclusão tirada pela Declaração da UNESCO sobre o caráter único de cada indivíduo, em razão da originalidade do seu genoma, é de que toda pesquisa, tratamento ou diagnóstico, tendo por objeto o genoma de um indivíduo, só pode ser efetuado após uma avaliação rigorosa e prévia dos seus riscos e vantagens potenciais, em conformidade com as prescrições da legislação nacional, e, em qualquer caso, com o consentimento prévio, livre e esclarecido do interessado, ou, se este não está em condições de exprimir seu consentimento, com a autorização prevista pela lei e orientada pelo seu interesse superior (art. 5°).

Demais, "a confidencialidade dos dados genéticos, associados a uma pessoa identificável, conservados ou tratados para fins de pesquisa ou quaisquer outras finalidades, deve ser protegida nas condições previstas em lei" (art. 7°). Mas quem nos garante que o legislador saberá, em todas as circunstâncias, resistir às pressões do meio empresarial para o estabelecimento de um "fichário genético", no interesse das companhias de seguro, por exemplo?

Finalmente, assentou a Declaração em seu artigo 11 que “as práticas contrárias à dignidade humana, tais como a clonagem com a finalidade de reprodução de seres humanos, não devem ser permitidas”; instando-se junto aos Estados e organizações internacionais competentes para a identificação dessas práticas e a tomada, em nível nacional ou internacional, das medidas apropriadas.

Como se vê, entramos agora, por efeito da vertiginosa aceleração do progresso técnico a serviço da exploração capitalista, no turbilhão da grande crise de valores, cujo desfecho será discutido no epílogo deste livro.

Seja como for, se a pessoa — e não todo e qualquer indivíduo, como queria Protágoras[65] — é fonte e medida de todos os valores; ou seja, se o próprio homem, e não a divindade ou a natureza de modo geral, é o fundamento do universo ético, a História nos ensina que o reconhecimento dessa verdade só foi alcançado progressivamente, e que a sua tradução em termos jurídicos jamais será concluída, pois ela não é senão o reflexo do estado de “permanente inacabamento” do ser humano, de que falou Heidegger.

Importa, pois, antes de tudo, refletir sobre os grandes momentos de afirmação da dignidade humana no curso da História.

As Grandes Etapas Históricas na Afirmação dos Direitos Humanos

No desenrolar da Guerra de Troia, o sacrifício de Ifigênia pelo seu próprio pai, Agamenon, comandante da frota grega, representou, de certa forma, o paradigma da tragédia enquanto meio de se purificar a alma de suas paixões destruidoras. Agamenon pôs o seu êxito pessoal, como chefe guerreiro, acima de uma pessoa, e não se tratava de uma pessoa qualquer, mas sim de sua própria filha. O remorso do crime cometido costuma doer como a supuração de uma ferida, e faz penetrar a sabedoria no coração dos homens. Na peça de Ésquilo, o coro faz o elogio supremo de Zeus, que logrou superar o orgulho desmedido (*hybris*) de seus antecessores, Urano e Cronos: “ele abriu aos homens os caminhos da prudência, ao dar-lhes por lei: *sofrer para compreender*” (*tô pathei mathos*)[66].

Pois bem, a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, pelas mutilações em massa, pelos massacres coletivos e pelas explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos.

Além dessa chave de compreensão histórica dos direitos humanos, há outro fato que não deixa de chamar a atenção, quando se analisa a sucessão das diferentes

etapas de sua afirmação: é o sincronismo entre as grandes declarações de direitos e as grandes descobertas científicas ou invenções técnicas.

Uma das explicações possíveis para isso parte da verificação de que o movimento constante e inelutável de unificação da humanidade atravessa toda a História e corresponde, até certo ponto, ao próprio sentido da evolução vital. No plano da vida, como gostava de dizer o Padre Teilhard de Chardin, tudo que se eleva converge. A elevação progressiva das espécies vivas ao nível do ser humano foi seguida de um processo de convergência da humanidade sobre si mesma; ou seja, à biosfera geral sucede a antroposfera.

Na história moderna, esse movimento unificador tem sido claramente impulsionado, de um lado, pelas invenções técnico-científicas e, de outro lado, pela afirmação dos direitos humanos. São os dois grandes fatores de solidariedade humana, um de ordem técnica, transformador dos meios ou instrumentos de convivência, mas indiferente aos fins; o outro de natureza ética, procurando submeter a vida social ao valor supremo da justiça.

A solidariedade técnica traduz-se pela padronização de costumes e modos de vida, pela homogeneização universal das formas de trabalho, de produção e troca de bens, pela globalização dos meios de transporte e de comunicação. Paralelamente, a solidariedade ética, fundada sobre o respeito aos direitos humanos, estabelece as bases para a construção de uma cidadania mundial, onde já não há relações de dominação, individual ou coletiva.

Ambas essas formas de solidariedade são, na verdade, complementares e indispensáveis para que o movimento de unificação da humanidade não sofra interrupção ou desvio. A concentração do gênero humano sobre si mesmo, como resultado da evolução tecnológica no limitado espaço terrestre, se não for completada pela harmonização ética, fundada nos direitos humanos, tende à desagregação social, em razão da fatal prevalência dos mais fortes sobre os mais fracos. Por sua vez, sem a contribuição constante do progresso técnico, não se criam as condições materiais indispensáveis ao fortalecimento universal da comunhão humana: os diferentes grupos sociais permanecem distantes uns dos outros, desenvolvendo mais os fermentos de divisão do que os laços de colaboração mútua.

Contra o princípio da solidariedade ética da humanidade, costuma objetar-se com o postulado darwiniano da luta pela vida e da sobrevivência do mais apto. Trata-se, porém, de uma interpretação unidimensional e, por isso mesmo, singularmente empobrecedora do processo evolutivo. O próprio Darwin bem advertiu seus leitores sobre o fato de que a expressão *struggle for Existence* fora por ele usada em “sentido amplo e metafórico, incluindo a dependência de um ser em relação a outro, bem como incluindo (o que é mais importante) não apenas a vida do indivíduo, mas o êxito em deixar descendentes”[67]. Já se observou, de resto, que o processo de seleção natural deu mais vantagens biológicas aos grupos que cuidavam de seus membros não reprodutivos do que àqueles que abandonavam ou matavam os anciãos, pois a capacidade de reprodução global dos grupos altruístas

via-se assim singularmente reforçada. Os velhos sempre constituíram um grande auxílio ao grupo, não só pelo fato de se ocuparem das crianças, liberando os demais adultos para a realização de outras tarefas, mas também pelo concurso de sua maior experiência a enfrentar as situações que põem em perigo a sobrevivência do grupo[68].

Seja como for, a solidariedade humana atua em três dimensões: dentro de cada grupo social, no relacionamento externo entre grupos, povos e nações, bem como entre as sucessivas gerações na História. O seu sentido ético foi bem marcado por Montesquieu, já na primeira metade do século XVIII:

"Se eu soubesse de algo que fosse útil a mim, mas prejudicial à minha família, eu o rejeitaria de meu espírito. Se soubesse de algo útil à minha família, mas não à minha pátria, procuraria esquecê-lo. Se soubesse de algo útil à minha pátria, mas prejudicial à Europa, ou então útil à Europa, mas prejudicial ao Gênero humano, consideraria isto como um crime"[69].

Vejamos como se desenrolou esse processo de unificação da humanidade, com base na afirmação progressiva dos direitos humanos.

O reino davídico, a democracia ateniense e a república romana

A eclosão da consciência histórica dos direitos humanos só se deu após um longo trabalho preparatório, centrado em torno da limitação do poder político. O reconhecimento de que as instituições de governo devem ser utilizadas para o serviço dos governados e não para o benefício pessoal dos governantes foi um primeiro passo decisivo na admissão da existência de direitos que, inerentes à própria condição humana, devem ser reconhecidos a todos e não podem ser havidos como mera concessão dos que exercem o poder.

Nesse sentido, deve-se reconhecer que a proto-história dos direitos humanos começa nos séculos XI e X a.C., quando se instituiu, sob Davi, o reino unificado de Israel, tendo como capital Jerusalém.

Em manifesto contraste com os regimes monárquicos de todos os outros povos do passado e de sua época, o reino de Davi, que durou 33 anos (c. 996 a c. 963 a.C.), estabeleceu, pela primeira vez na história política da humanidade, a figura do rei-sacerdote, o monarca que não se proclama deus nem se declara legislador, mas se apresenta, antes, como o delegado do Deus único e o responsável supremo pela execução da lei divina. Surgia, assim, o embrião daquilo que, muitos séculos depois, passou a ser designado como o Estado de Direito, isto é, uma organização política em que os governantes não criam o direito para justificar o seu poder, mas submetem-se aos princípios e normas editados por uma autoridade superior.

Essa experiência notável de limitação institucional do poder de governo foi

retomada no século VI a.C., com a criação das primeiras instituições democráticas em Atenas, e prosseguiu no século seguinte, com a fundação da república romana.

A democracia ateniense funda-se nos princípios da preeminência da lei e da participação ativa do cidadão nas funções de governo.

O sentido e a importância política que os gregos clássicos atribuíam ao *nomos* eram incomparavelmente mais amplos e profundos do que aqueles conferidos à lei moderna. Em sua essência, como definiu Aristóteles, o *nomos* é uma regra que emana da prudência (*phrônesis*) e da razão (*noos*), não da simples vontade, seja do povo, seja dos governantes[70]. Juridicamente, tratava-se muito mais de uma norma de nível constitucional do que de legislação ordinária.

Daí o respeito quase religioso que os gregos em geral, e não apenas os atenienses, votavam às suas leis. Numa passagem famosa de sua obra[71], Heródoto reporta o espantoso diálogo que o rei dos persas, Xerxes, teria tido com um antigo rei de Esparta. O soberano persa, prestes a invadir a Grécia, manifesta o profundo desprezo que lhe inspira aquele povo pouco numeroso, composto de pessoas “todas igualmente livres e que não obedecem a um chefe único”. O espartano retruca que se os gregos são livres, a sua liberdade não é completa: “eles têm um senhor, a lei, que eles temem mais do que os teus súditos a ti”.

Na prosopopeia das leis, que Platão apresenta no *Críton* [72], Sócrates imagina que, diante de sua eventual tentativa de se subtrair pela fuga à condenação à morte, pronunciada pelo povo de Atenas em aplicação de suas leis, estas o considerem tripla-mente culpado: por se revoltar contra elas, que permitiram, pela organização da família, que ele viesse ao mundo; que presidiram, em seguida, à sua educação; e, finalmente, porque, tendo ele se comprometido a obedecê-las, vinha assim quebrar perfidamente a sua promessa.

Efetivamente, na vida política ateniense, por mais de dois séculos (de 501 a 338 a.C.), o poder dos governantes foi estritamente limitado, não apenas pela soberania das leis, mas também pelo jogo complexo de um conjunto de instituições de cidadania ativa, pelas quais o povo, pela primeira vez na História, governou-se a si mesmo.

Basicamente, a democracia ateniense consistiu na atribuição ao povo, em primeiro lugar, do poder de eleger os governantes e de tomar diretamente em assembleia (a *Ekklésia*) as grandes decisões políticas: adoção de novas leis, declaração de guerra, conclusão de tratados de paz ou de aliança. Os órgãos do que chamamos hoje Poder Executivo eram, aliás, em Atenas, singularmente fracos: os principais dirigentes políticos, os estrategos, deviam ter suas funções confirmadas, todos os meses, pelo Conselho (*Boulê*).

O regime de democracia direta fazia ainda, em Atenas, com que a designação dos juízes se realizasse por sorteio, e o povo tivessse competência originária para julgar os dirigentes políticos e os réus dos principais crimes. Mesmo nos processos que se desenrolavam perante os juízes oficiais, qualquer das partes tinha o direito de recorrer da sentença para um tribunal popular (*ephesis*).

A soberania popular ativa completava-se com um correspondente sistema de responsabilidades. Era lícito a qualquer cidadão mover uma ação criminal (*apagogê*) contra os dirigentes políticos, e estes, ao deixarem seus cargos, eram obrigados a prestar contas de sua gestão perante o povo. Pela instituição do *graphê paranomôn*, os cidadãos tinham o direito de se opor, na reunião da *Ekklésia*, a uma proposta de lei violadora da constituição (*politeia*) da cidade, ou, caso tal proposta já tivesse sido convertida em lei, de responsabilizar criminalmente o seu autor.

Já na república romana, a limitação do poder político foi alcançada, não pela soberania popular ativa, mas graças à instituição de um complexo sistema de controles recíprocos entre os diferentes órgãos políticos. Escrevendo no segundo século antes de Cristo, o historiador grego Políbio não hesitou em atribuir a esse refinado mecanismo de *checks and balances* a grandeza de Roma, que em menos de cinquenta e três anos lograra estender a sua dominação "à quase totalidade da terra habitada, fato sem precedentes"[73].

Três eram as espécies tradicionais de regimes políticos, citados por Platão e Aristóteles: a monarquia, a aristocracia e a democracia. Para Políbio, o gênio inventivo romano consistiu em combinar esses três regimes numa mesma constituição, de natureza mista: o poder dos cônsules, segundo ele, seria tipicamente monárquico; o do Senado, aristocrático; e o do povo, democrático. Assim é que o processo legislativo ordinário (para a edição das *leges latae*, também chamadas *leges rogatae*) era de iniciativa dos cônsules, que redigiam o projeto. O projeto passava em seguida ao exame do Senado, que o aprovava com ou sem emendas, para ser finalmente submetido à votação do povo, reunido nos comícios.

Tanto os cônsules quanto os tribunos nunca exerciam isoladamente as suas funções, mas eram sempre nomeadas duas pessoas para o mesmo cargo. Se um desses altos funcionários não concordava com um ato praticado pelo outro, podia vetá-lo (*intercessio*). O mesmo poder de veto foi atribuído aos tribunos da plebe, em relação às decisões tomadas pelos cônsules.

Foi esse "governo moderado" da república romana, muito mais do que a Constituição (puramente idealizada) da Inglaterra, que inspirou de fato Montesquieu na composição do Livro XI, capítulo VI, de sua obra famosa.

Baixa Idade Média

A democracia ateniense e a república romana foram destruídas pela vaga imperial que se estabeleceu a partir do século IV antes de Cristo: primeiro, com Alexandre Magno e em seguida com Augusto e seus sucessores. Com a extinção do império romano do Ocidente, em 453 da era cristã, teve início uma nova civilização, constituída pelo amálgama de instituições clássicas, valores cristãos e costumes germânicos. Era a Idade Média.

Os historiadores costumam dividi-la em dois períodos, cuja linha de separação se situa por ocasião da passagem do século XI ao século XII. Nessa época, volta a tomar corpo a ideia de limitação do poder dos governantes, pressuposto do reconhecimento, a ser feito somente alguns séculos depois, da existência de direitos comuns a todos os indivíduos, qualquer que fosse o estamento social — clero, nobreza e povo — no qual eles se encontrassem.

Toda a Alta Idade Média foi marcada pelo esfacelamento do poder político e econômico, com a instauração do feudalismo. A partir do século XI, porém, assiste-se a um movimento de reconstrução da unidade política perdida. Duas cabeças reinantes, o imperador carolíngio e o papa, passaram a disputar asperamente a hegemonia suprema sobre todo o território europeu. Ao mesmo tempo, os reis, até então considerados nobres de condição mais elevada que os outros (*primi inter pares*), reivindicaram para as suas coroas poderes e prerrogativas que, até então, pertenciam de direito à nobreza e ao clero.

Foi justamente contra os abusos dessa reconcentração do poder que surgiram as primeiras manifestações de rebeldia: na península ibérica com a Declaração das Cortes de Leão de 1188 e, sobretudo, na Inglaterra com a *Magna Carta* de 1215[74].

No embrião dos direitos humanos, portanto, despontou antes de tudo o valor da liberdade. Não, porém, a liberdade geral em benefício de todos, sem distinções de condição social, o que só viria a ser declarado ao final do século XVIII, mas sim liberdades específicas, em favor, principalmente, dos estamentos superiores da sociedade — o clero e a nobreza —, com algumas concessões em benefício do “Terceiro Estado”, o povo.

Este último, aliás, passa a tomar contornos mais definidos com a ascensão social dos comerciantes, em razão da progressiva abertura das vias de comunicação marítima, após a longa dominação árabe sobre a bacia do Mediterrâneo. À margem dos castelos medievais, os burgos novos ou burgos de fora (*forisburgus,* termo do qual surgiu o *faubourg* do francês atual) tornam-se, rapidamente, os locais de concentração das grandes fortunas mercantis e os centros de irradiação do primeiro capitalismo. Foi nas cidades comerciais da Baixa Idade Média que teve início a primeira experiência histórica de sociedade de classes, onde a desigualdade social já não é determinada pelo direito, mas resulta principalmente das diferenças de situação patrimonial de famílias e indivíduos[75].

Os burgos novos tornaram-se, desde logo, o território da liberdade pessoal, e isto não apenas para a classe dos mercadores, doravante conhecidos como burgueses[76]. Os servos da gleba, que logravam residir mais de ano e dia num burgo novo, desvinculavam-se de pleno direito das peias feudais: era uma espécie de usucapião da liberdade, calcado no regime possessório dos bens materiais[77]. O provérbio alemão diz tudo: o ar da cidade liberta (*die Stadtluft macht frei*).

Concomitantemente, entre o século XI e o século XIII, a Europa medieval viveu um período fecundo em invenções técnicas, que revolucionaram toda a estrutura produtiva[78].

No campo da produção agrícola, como fruto da racionalização difundida pelo movimento monástico, introduziram-se novas técnicas de irrigação, construíram-se canais de navegação, foram adotados o moinho d’água e o moinho de vento, a charrua, o pousio trienal do solo, o arreio peitoral de bois e cavalos. Foi também na Baixa Idade Média que surgiu no Ocidente a máquina-chave da era industrial moderna: não a máquina a vapor, como se poderia pensar, mas sim o relógio mecânico[79].

Na arte da navegação, foi igualmente na última fase da Idade Média que se inventaram as caravelas (sem as quais não teria havido a conquista do Extremo Oriente e a descoberta do Novo Mundo) e começaram a ser usadas no Ocidente as primeiras bússolas.

Na vida comercial, é de se assinalar a notável invenção do método de contabilidade por partidas dobradas, que permanece em vigor até hoje. É também desse mesmo período a criação de institutos jurídicos, sem os quais teria sido impossível a expansão do capitalismo e a revolução industrial do século XVIII: a letra de câmbio, as primeiras sociedades comerciais[80], o contrato de seguro marítimo.

Tudo isso, como é fácil perceber, exigia um mínimo de segurança e certeza na vida dos negócios, o que supunha a necessária limitação do tradicional arbítrio do poder político.

O século XVII

Foi realmente, todo ele, e não apenas a fase de transição para o século seguinte, um tempo de “crise da consciência europeia” [81], uma época de profundo questionamento das certezas tradicionais. No mundo artístico e literário, eclodiu a “querela dos antigos e dos modernos”. No campo político, a rebelião dos *Levellers* e a revolta armada bem-sucedida de Oliver Cromwell contra a monarquia inglesa fizeram renascer as ideias republicanas e democráticas. Na ciência, enfim, a conjunção de três gênios de primeira grandeza — Pascal, Galileu e Newton — provocou uma verdadeira “revolução científica”[82], no sentido que a palavra viria a adquirir em 1789[83].

Durante os dois séculos que sucederam à era que se convencionou denominar Idade Média, a Europa conheceu um extraordinário recrudescimento da concentração de poderes. Foi a época em que se elaborou a teoria da monarquia absoluta, com Jean Bodin e Thomas Hobbes, e em que se fundaram os impérios coloniais ibéricos ultracentralizadores.

A “crise da consciência europeia” fez ressurgir na Inglaterra o sentimento de liberdade, alimentado pela memória da resistência à tirania, que o tempo se encarregou de realçar com tons épicos. Por outro lado, as devastações provocadas

pela guerra civil reafirmaram o valor da harmonia social e estimularam a lembrança das antigas franquias estamentais, declaradas na *Magna Carta*. Generalizou-se a consciência dos perigos representados pelo poder absoluto, tanto na realeza dos Stuart quanto na ditadura republicana do *Lord Protector.*

No entanto, as liberdades pessoais, que se procuraram garantir pelo *habeas corpus* e o *bill of rights* do final do século [84], não beneficiavam indistintamente todos os súditos de Sua Majestade, mas, preferencialmente, os dois primeiros estamentos do reino: o clero e a nobreza. A novidade é que, pela sua formulação mais geral e abstrata do que no texto da *Magna Carta*, a garantia dessas liberdades individuais acabou aproveitando, e muito, à burguesia rica. Pode-se mesmo afirmar que, sem esse novo estatuto das liberdades civis e políticas, o capitalismo industrial dos séculos seguintes dificilmente teria prosperado.

A instituição-chave para a limitação do poder monárquico e a garantia das liberdades na sociedade civil foi o Parlamento. A partir do *Bill of Rights* britânico, a ideia de um governo representativo, ainda que não de todo o povo, mas pelo menos de suas camadas superiores, começa a firmar-se como uma garantia institucional indispensável das liberdades civis[85].

A Independência Americana e a Revolução Francesa[86]

"Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança."

O artigo I da Declaração que "o bom povo da Virgínia" tornou pública, em 16 de junho de 1776, constitui o registro de nascimento dos direitos humanos na História. É o reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmos. A "busca da felicidade", repetida na Declaração de Independência dos Estados Unidos, duas semanas após, é a razão de ser desses direitos inerentes à própria condição humana. Uma razão de ser imediatamente aceitável por todos os povos, em todas as épocas e civilizações. Uma razão universal, como a própria pessoa humana.

Treze anos depois, no ato de abertura da Revolução Francesa, a mesma ideia de liberdade e igualdade dos seres humanos é reafirmada e reforçada: "Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos" (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, art. 1°). Faltou apenas o reconhecimento da fraternidade, isto é, a exigência de uma organização solidária da vida em comum, o que só se logrou alcançar com a Declaração Universal de Direitos Humanos,

proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948[87].

A consequência imediata da proclamação de que todos os seres humanos são essencialmente iguais, em dignidade e direitos, foi uma mudança radical nos fundamentos da legitimidade política. Ainda aí, a Declaração de Direitos de Virgínia deu o tom: "Todo poder pertence ao povo e, por conseguinte, dele deriva. Os magistrados (isto é, os governantes) são seus fiduciários e servidores, responsáveis a todo tempo perante ele" (art. II).

Mas a democracia que ressurge nessa época nada tem que ver com a *demokratia* grega. Nesta, como explicou Aristóteles[88], o poder supremo (*kyrion*) pertence ao *demos*, que o exerce diretamente e nunca por meio de representantes. Ora, o *demos* ateniense é composto, em sua grande maioria, de pequenos camponeses e artesãos, ou seja, de grupos de baixo poder econômico. É por isso que, no pensamento político grego, a democracia representa a exata antítese da oligarquia, em que o poder político supremo pertence à classe proprietária.

Em sentido contrário, a democracia moderna, reinventada quase ao mesmo tempo na América do Norte e na França, foi a fórmula política encontrada pela burguesia para extinguir os antigos privilégios dos dois principais estamentos do *ancien régime* — o clero e a nobreza — e tornar o governo responsável perante a classe burguesa. O espírito original da democracia moderna não foi, portanto, a defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável. Daí por que, se a democracia ateniense tendia, naturalmente, a concentrar poderes nas mãos do povo (*demos*), a democracia moderna surgiu como um movimento de limitação geral dos poderes governamentais, sem qualquer preocupação de defesa da maioria pobre contra a minoria rica. As instituições da democracia liberal — limitação vertical de poderes, com os direitos individuais, e limitação horizontal, com a separação das funções legislativa, executiva e judiciária — adaptaram-se perfeitamente ao espírito de origem do movimento democrático. Não assim os chamados direitos sociais, ou a reivindicação de uma participação popular crescente no exercício do governo (referendo, plebiscito, iniciativa popular legislativa, orçamento participativo).

De qualquer modo, esse feito notável de geração dos primeiros direitos humanos e de reinstituição da legitimidade democrática foi obra de duas "revoluções", ocorridas em curto espaço de tempo, em dois continentes. Mas a mesma palavra foi empregada em acepções distintas e até mesmo contraditórias.

A chamada Revolução Americana foi essencialmente, no mesmo espírito da *Glorious Revolution* inglesa, uma restauração das antigas franquias e dos tradicionais direitos de cidadania, diante dos abusos e usurpações do poder monárquico. Na Revolução Francesa, bem ao contrário, todo o ímpeto do movimento político tendeu ao futuro e representou uma tentativa de mudança radical das condições de vida em sociedade. O que se quis foi apagar completamente o passado e recomeçar a História do marco zero — reinício muito

bem simbolizado pela mudança de calendário.

Além disso, enquanto os norte-americanos mostraram-se mais interessados em firmar sua independência em relação à coroa britânica do que em estimular igual movimento em outras colônias europeias, os franceses consideraram-se investidos de uma missão universal de libertação dos povos. E, efetivamente, o espírito da Revolução Francesa difundiu-se, em pouco tempo, a partir da Europa, a regiões tão distantes quanto o subcontinente indiano, a Ásia Menor e a América Latina.

Foi justamente no sentido francês, e não na acepção inglesa, que a transformação radical na técnica de produção econômica, causada pela introdução da máquina a vapor em meados do século na Inglaterra, tomou o nome de Revolução Industrial. Ainda aqui, como se vê, as grandes etapas históricas de invenção dos direitos humanos coincidem com as mudanças nos princípios básicos da ciência e da técnica.

O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social

As declarações de direitos norte-americanas, juntamente com a Declaração francesa de 1789, representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas. É preciso reconhecer que o terreno, nesse campo, fora preparado mais de dois séculos antes, de um lado pela reforma protestante, que enfatizou a importância decisiva da consciência individual em matéria de moral e religião; de outro lado, pela cultura da personalidade de exceção, do herói que forja sozinho o seu próprio destino e os destinos do seu povo, como se viu sobretudo na Itália renascentista.

Mas, em contrapartida a essa ascensão do indivíduo na História, a perda da proteção familiar, estamental ou religiosa, tornou-o muito mais vulnerável às vicissitudes da vida. A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e operários eram considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho. Fora da relação de emprego assalariado, a lei assegurava imparcialmente a todos, ricos e pobres, jovens e anciãos, homens e mulheres, a possibilidade jurídica de prover livremente à sua subsistência e enfrentar as adversidades da vida, mediante um comportamento disciplinado e o hábito da poupança.

O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX. Ela acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e a provocar a indispensável organização da classe trabalhadora. A Constituição francesa de

1848[89], retomando o espírito de certas normas das Constituições de 1791 e 1793, reconheceu algumas exigências econômicas e sociais. Mas a plena afirmação desses novos direitos humanos só veio a ocorrer no século XX, com a Constituição mexicana de 1917[90] e a Constituição de Weimar de 1919[91].

O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX. O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente. É o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização. Os socialistas perceberam, desde logo, que esses flagelos sociais não eram cataclismos da natureza nem efeitos necessários da organização racional das atividades econômicas, mas sim verdadeiros dejetos do sistema capitalista de produção, cuja lógica consiste em atribuir aos bens de capital um valor muito superior ao das pessoas.

Os direitos humanos de proteção do trabalhador são, portanto, fundamentalmente anticapitalistas, e, por isso mesmo, só puderam prosperar a partir do momento histórico em que os donos do capital foram obrigados a se compor com os trabalhadores. Não é de admirar, assim, que a transformação radical das condições de produção no final do século XX, tornando cada vez mais dispensável a contribuição da força de trabalho e privilegiando o lucro especulativo, tenha enfraquecido gravemente o respeito a esses direitos em quase todo o mundo.

A primeira fase de internacionalização dos direitos humanos

Ela teve início na segunda metade do século XIX e findou com a 2ª Guerra Mundial, manifestando-se basicamente em três setores: o direito humanitário, a luta contra a escravidão e a regulação dos direitos do trabalhador assalariado.

No campo do chamado direito humanitário, que compreende o conjunto das leis e costumes da guerra, visando a minorar o sofrimento de soldados prisioneiros, doentes e feridos, bem como das populações civis atingidas por um conflito bélico, o primeiro documento normativo de caráter internacional foi a Convenção de Genebra de 1864[92], a partir da qual fundou-se, em 1880, a Comissão Internacional da Cruz Vermelha. A Convenção foi revista, primeiro em 1907, a fim de se estenderem seus princípios aos conflitos marítimos (Convenção de Haia), e a seguir em 1929, para a proteção dos prisioneiros de guerra (Convenção de Genebra)[93].

O outro setor dos direitos humanos em que se manifestou essa tendência à internacionalização foi a luta contra a escravatura. O Ato Geral da Conferência de Bruxelas, de 1890, estabeleceu, embora sem efetividade, as primeiras regras

interestatais de repressão ao tráfico de escravos africanos. Ele foi seguido, em 1926, por uma Convenção celebrada em Genebra, no quadro da Liga das Nações[94].

Com a criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, a proteção do trabalhador assalariado passou também a ser objeto de uma regulação convencional entre os diferentes Estados. Até o início da Segunda Guerra Mundial, a OIT havia aprovado nada menos que 67 convenções internacionais, das quais apenas três não contaram com nenhuma ratificação. Várias delas, porém, foram ratificadas por mais de uma centena de Estados, como a Convenção n. 11, de 1921, sobre o direito de associação e de coalizão dos trabalhadores agrícolas (113 ratificações); a Convenção n. 14, de 1921, sobre descanso semanal nas empresas industriais (112 ratificações); a Convenção n. 19, de 1925, sobre igualdade de tratamento entre trabalhadores estrangeiros e nacionais em matéria de indenização por acidentes do trabalho (113 ratificações); a Convenção n. 26, de 1928, sobre métodos para fixação de salários mínimos (101 ratificações); e a Convenção n. 29, de 1930, sobre trabalho forçado ou obrigatório (134 ratificações)[95].

A evolução dos direitos humanos a partir de 1945

Ao emergir da Segunda Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos.

A Declaração Universal, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948[96], e a Convenção Internacional sobre a prevenção e punição do crime de genocídio, aprovada um dia antes também no quadro da ONU[97], constituem os marcos inaugurais da nova fase histórica, que se encontra em pleno desenvolvimento.

Ela é assinalada pelo aprofundamento e a definitiva internacionalização dos direitos humanos. Após o término da 2ª Guerra Mundial, dezenas de convenções internacionais, exclusivamente dedicadas à matéria, foram celebradas no âmbito da Organização das Nações Unidas ou das organizações regionais, e mais de uma centena foram aprovadas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho. Não apenas os direitos individuais, de natureza civil e política, ou os direitos de conteúdo econômico e social foram assentados no plano internacional. Afirmou-se também a existência de novas espécies de direitos humanos: direitos dos povos e direitos da humanidade.

Dois Pactos Internacionais, celebrados no quadro das Nações Unidas em 1966, compendiaram o conjunto dos direitos civis e políticos, bem como os direitos

econômicos, sociais e culturais[98]. Em 1981, na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos[99], reconheceu-se que todos os povos devem ser tratados com igual respeito, tendo direito à autodeterminação, à livre disposição de sua riqueza e de seus recursos naturais, ao desenvolvimento econômico, social e cultural, bem como à paz e à segurança. Chegou-se enfim ao reconhecimento de que à própria humanidade, como um todo solidário, devem ser reconhecidos vários direitos: à preservação de sítios e monumentos, considerados parte integrante do patrimônio mundial[100], à comunhão nas riquezas minerais do subsolo marinho[101], à preservação do equilíbrio ecológico do planeta[102].

Surge agora à vista o termo final do longo processo de unificação da humanidade. E, com isso, abre-se a última grande encruzilhada da evolução histórica: ou a humanidade cederá à pressão conjugada da força militar e do poderio econômico-financeiro, fazendo prevalecer uma coesão puramente ténica entre os diferentes povos e Estados, ou construiremos enfim a civilização da cidadania mundial, com o respeito integral aos direitos humanos, segundo o princípio da solidariedade ética.

Posição dos Direitos Humanos no Sistema Normativo

Por tudo o que se acaba de expor, não é difícil entender a razão do aparente pleonasmo da expressão **direitos humanos** ou **direitos do homem**. Trata-se, afinal, de algo que é inerente à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos.

Mas como reconhecer a vigência efetiva desses direitos no meio social, ou seja, o seu caráter de obrigatoriedade?

É aí que se põe a distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais (*Grundrechte*). Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. Segundo outra terminologia, fala-se em direitos fundamentais típicos e atípicos, sendo estes os direitos humanos ainda não declarados em textos normativos[103].

Sem dúvida, o reconhecimento oficial de direitos humanos, pela autoridade política competente, dá muito mais segurança às relações sociais. Ele exerce, também, uma função pedagógica no seio da comunidade, no sentido de fazer prevalecer os grandes valores éticos, os quais, sem esse reconhecimento oficial, tardariam a se impor na vida coletiva.

Mas nada assegura que falsos direitos humanos, isto é, certos privilégios da minoria dominante, não sejam também inseridos na Constituição, ou consagrados

em convenção internacional, sob a denominação de direitos fundamentais. O que nos conduz, necessariamente, à busca de um fundamento mais profundo do que o simples reconhecimento estatal para a vigência desses direitos.

A teoria positivista considera, no entanto, essa indagação como despida de sentido, a partir do postulado de que não há direito fora da organização política estatal, ou do concerto dos Estados no plano internacional. Ora, essa concepção, como é fácil de ver, revela-se radicalmente incompatível com o reconhecimento da existência de direitos humanos, pois a característica essencial destes consiste, justamente, como proclamaram os revolucionários americanos e franceses no século XVIII, no fato de valerem contra o Estado. Toda a "primeira geração" de direitos humanos, nos documentos normativos produzidos pelos Estados Unidos recém-independentes, ou pela Revolução Francesa, foi composta de direitos que protegiam as liberdades civis e políticas dos cidadãos, contra a prepotência dos órgãos estatais.

Por outro lado, se se admite que o Estado nacional pode criar direitos humanos, e não apenas reconhecer a sua existência, é irrecusável admitir que o mesmo Estado também pode suprimi-los, ou alterar de tal maneira o seu conteúdo a ponto de torná-los irreconhecíveis[104]. Ademais, a criação dos direitos humanos pelo Estado nacional conduziria à impossibilidade de se lhes atribuir o caráter de exigências postas por normas universais, sem as quais, como salientou Kant, não há ética racionalmente justificável. Não se trataria, logicamente falando, de atributos inerentes à condição humana, mas unicamente a determinada nacionalidade.

É irrecusável, por conseguinte, encontrar um fundamento para a vigência dos direitos humanos além da organização estatal. Esse fundamento, em última instância, só pode ser a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais. Ora, essa consciência ética coletiva, como se procura mostrar nestas páginas, vem se expandindo e aprofundando no curso da História.

Resolve-se, com isso, uma das mais frequentes objeções teóricas, que os positivistas fazem ao reconhecimento de direitos humanos não declarados no ordenamento estatal: o fato de não se poder exigir a sua observância em juízo.

A objeção revela — não há negar — uma certa coerência de raciocínio por parte dos seus autores. A teoria positivista sempre considerou que a existência de direitos depende da possibilidade de se lhes exigir o cumprimento por meio da coerção estatal. Mas essa coerência por si só não dá nenhum peso de verdade ao argumento. A admitir-se que só tem direito aquele que pode exigir o seu cumprimento nos tribunais, teríamos que a quase totalidade das normas declaradas em tratados internacionais — sem falar no costume e nos chamados princípios gerais de direito — não teria caráter jurídico. Da mesma forma, algumas normas do direito interno, tanto no campo público como privado, careceriam igualmente de sentido jurídico; o que ninguém, nem mesmo os positivistas, chegou a afirmar. O que

há, na verdade, em tal raciocínio, é a confusão entre o direito subjetivo propriamente dito, que é a pertinência de um bem da vida a alguém, e a chamada pretensão (*Anspruch*, na terminologia alemã), que é o modo, judicial ou extrajudicial, reconhecido pelo ordenamento jurídico, para garantir o respeito ao direito subjetivo[105]. A ausência ou o não exercício da pretensão não significa, de modo algum, que não haja direito subjetivo. Desde sempre, por exemplo, no direito privado, tem-se admitido que a inexigibilidade judicial das obrigações por efeito da prescrição (inércia do credor em pedir o pagamento durante um prazo fixado em lei) não suprime o direito subjetivo que lhe serve de fundamento. Se o credor for acionado pelo mesmo devedor em razão de outra obrigação, pode-se fazer a compensação das dívidas. Se o devedor pagar espontaneamente uma obrigação prescrita, não terá ação para reclamar de volta o que pagou, pois a prescrição não eliminou a relação de crédito-débito[106].

Isto posto, pergunta-se: — No terreno dos chamados direitos fundamentais, isto é, os direitos humanos reconhecidos expressamente pela autoridade política, existe uma hierarquia normativa? O direito internacional prevalece sobre o direito interno, ou trata-se de duas ordens jurídicas paralelas? Nesta última hipótese, como resolver os eventuais conflitos normativos entre o direito internacional e o direito interno?

Sem entrar na tradicional querela doutrinária entre monistas e dualistas, a esse respeito, convém deixar aqui assentado que a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de exprimirem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. Em várias Constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial, aliás, já se inseriram normas que declaram de nível constitucional os direitos humanos reconhecidos na esfera internacional[107]. Seja como for, vai se firmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflito entre normas internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico[108].

Justamente, se a ordem jurídica forma um sistema dinâmico, isto é, um conjunto solidário de elementos criados para determinada finalidade e adaptável às mutações do meio onde atua, os direitos humanos constituem o mais importante subsistema desse conjunto. E, como todo sistema, eles se regem por princípios ou leis gerais, que dão coesão ao todo e permitem sempre a correção de rumos, em caso de conflitos internos ou transformações externas.

Os princípios fundamentais do sistema dos direitos humanos são de duas ordens, conforme digam respeito aos valores éticos supremos, ou à lógica estrutural do conjunto.

Os princípios axiológicos supremos correspondem à tríade famosa da tradição republicana francesa, reafirmada no primeiro artigo da Declaração Universal dos

Direitos Humanos de 1948: liberdade, igualdade e fraternidade (ou solidariedade).

O núcleo do princípio axiológico da liberdade é a ideia de autonomia, isto é, de submissão de cada qual à normas por ele mesmo editadas. Uma sociedade livre é aquela que obedece às leis que ela própria estabelece e aos governantes por ela escolhidos. O pensamento clássico vê, pois, no autogoverno, sob o império da lei, a característica essencial de uma sociedade livre[109].

A partir das declarações de direitos do final do século XVIII, porém, estabeleceu-se a distinção entre a **liberdade pública**, com o sentido político de autogoverno, e as **liber-dades privadas**, como instrumentos de defesa do cidadão contra as interferências governamentais. Benjamin Constant[110], expressando a visão burguesa do mundo, chegou a contrapor estas àquela, mostrando que, enquanto os antigos só se preocupavam com a participação política do cidadão e desconheciam a autonomia privada, os modernos estão sempre prontos a abrir mão da participação política, contanto que lhes sejam preservadas as liberdades individuais. A civilização burguesa separou nitidamente, como disse o jovem Marx, os direitos do homem dos direitos do cidadão, e concebeu aqueles a modo de divisas demarcatórias entre dois terrenos, pertencentes a proprietários distintos[111].

A experiência veio, porém, demonstrar a íntima ligação entre essas duas dimensões da liberdade. A liberdade política sem as liberdades individuais não passa de engodo demagógico de Estados autoritários ou totalitários. E as liberdades individuais, sem efetiva participação política do povo no governo, mal escondem a dominação oligárquica dos mais ricos.

No tocante ao princípio da igualdade, a mesma evolução dicotômica ocorreu. As revoluções do final do século XVIII assentaram, com a abolição dos privilégios estamentais, a igualdade individual perante a lei. Abriu-se, com isso, uma nova divisão da sociedade, fundada não já em estamentos, mas sim em classes: os proprietários e os trabalhadores. Em 1847, aliás, Tocqueville já antevia: “dentro em pouco, a luta política irá estabelecer-se entre homens de posses e homens desprovidos de posses; o grande campo de batalha será a propriedade”[112].

Foi justamente para corrigir e superar o individualismo próprio da civilização burguesa, fundado nas liberdades privadas e na isonomia, que o movimento socialista fez atuar, a partir do século XIX, o princípio da solidariedade como dever jurídico, ainda que inexistente no meio social a fraternidade enquanto virtude cívica.

A solidariedade prende-se à ideia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social. É a transposição, no plano da sociedade política, da *obligatio in solidum* do direito privado romano. O fundamento ético desse princípio encontra-se na ideia de justiça distributiva, entendida como a necessária compensação de bens e vantagens entre as classes sociais, com a socialização dos riscos normais da existência humana.

Com base no princípio da solidariedade, passaram a ser reconhecidos como direitos humanos os chamados direitos sociais, que se realizam pela execução de

políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente.

Os direitos sociais englobam, de um lado, o direito ao trabalho e os diferentes direitos do trabalhador assalariado; de outro lado, o direito à seguridade social (saúde, previdência e assistência social), o direito à educação; e, de modo geral, como se diz no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (art. 11), "o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida".

É também com fundamento na solidariedade que, em vários sistemas jurídicos contemporâneos, consagra-se o dever fundamental de se dar à propriedade privada uma função social.

O conjunto dos direitos sociais acha-se hoje, em todo o mundo, severamente abalado pela hegemonia da chamada política neoliberal, que nada mais é do que um retrocesso ao capitalismo vigorante em meados do século XIX. Criou-se, na verdade, uma situação de exclusão social de populações inteiras, inimaginável para os autores do *Manifesto Comunista.* Marx e Engels, com efeito, em sua análise do capitalismo, haviam partido do pressuposto de que o capital sempre dependeria do trabalho assalariado (*die Bedingung des Kapitals ist die Lohnarbeit*), o que daria aos trabalhadores unidos a força necessária para derrotar o capitalismo no embate final da luta de classes. Ora, esse pressuposto revelou-se totalmente falso. No final do século XX, o que se verificou, em todas as partes do mundo, é que a massa trabalhadora havia se tornado um insumo perfeitamente dispensável no sistema capitalista de produção. "O que se nos depara", escreveu Hannah Arendt logo após a Segunda Guerra Mundial[113], "é a possibilidade de uma sociedade de trabalhadores sem trabalho, isto é, sem a única atividade que lhes resta". E acrescentou com razão: "Certamente, nada poderia ser pior".

Quanto aos princípios estruturais dos direitos humanos, eles são de duas espécies: a irrevocabilidade e a complementariedade solidária.

A consciência ética coletiva, como foi várias vezes assinalado aqui, amplia-se e aprofunda-se com o evolver da História. A exigência de condições sociais aptas a propiciar a realização de todas as virtualidades do ser humano é, assim, intensificada no tempo, e traduz-se, necessariamente, pela formulação de novos direitos humanos.

É esse movimento histórico de ampliação e aprofundamento que justifica o princípio da irreversibilidade dos direitos já declarados oficialmente, isto é, do conjunto dos direitos fundamentais em vigor. Dado que eles se impõem, pela sua própria natureza, não só aos Poderes Públicos constituídos em cada Estado, como a todos os Estados no plano internacional, e até mesmo ao próprio Poder Constituinte, à Organização das Nações Unidas e a todas as organizações regionais de Estados, é juridicamente inválido suprimir direitos fundamentais, por via de

novas regras constitucionais ou convenções internacionais.

Uma das consequências desse princípio é a proibição de se pôr fim, voluntariamente, à vigência de tratados internacionais de direitos humanos[114]. Em particular, o Estado-Parte, num tratado que tenha como objeto, total ou parcial, a declaração de direitos humanos ou a regulação de garantias fundamentais, não pode denunciá-lo, nem mesmo com a aprovação do ato de denúncia pelo órgão ratificador. A exigência de aprovação parlamentar prévia da denúncia de um tratado internacional a ser feita pelo Chefe de Estado, embora não exigida pela generalidade das Constituições vigentes[115], nada mais é, afinal, do que a aplicação do princípio da paridade de forma para os atos de constituição e extinção de uma relação jurídica (convencional ou não). Ora, o poder de denunciar uma convenção internacional só faz sentido quando esta cuida de direitos disponíveis. Em matéria de tratados internacionais de direitos humanos, não há nenhuma possibilidade jurídica de denúncia, ou de cessação convencional da vigência, porque se está diante de direitos indisponíveis e, correlatamente, de deveres insuprimíveis.

O princípio da complementariedade solidária dos direitos humanos de qualquer espécie foi proclamado solenemente pela Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena em 1993, nos seguintes termos:

"Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de modo justo e equitativo, com o mesmo fundamento e a mesma ênfase. Levando em conta a importância das particularidades nacionais e regionais, bem como os diferentes elementos de base históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais".

A justificativa desse princípio encontra-se no postulado ontológico de que a essência do ser humano é uma só, não obstante a multiplicidade de diferenças, individuais e sociais, biológicas e culturais, que existem na humanidade. É exatamente por isto, como lembrado no início desta Introdução, que todos os seres humanos merecem igual respeito e proteção, a todo tempo e em todas as partes do mundo em que se encontrem.

O Critério de Composição da Obra

Neste livro são comentados, na ordem de sua sucessão histórica, apenas documentos normativos que declaram direitos humanos e criam garantias específicas para o seu cumprimento: acordos, leis fundamentais, Constituições, declarações de efeito obrigatório, tratados internacionais que já entraram em vigor.

A escolha dos documentos obedeceu ao critério da novidade histórica, no

momento em que passaram a vigorar. Procurou-se, portanto, como regra geral, evitar a transcrição de textos que se limitaram a reproduzir declarações de direitos anteriores. Fazem exceção a essa regra a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, e os Pactos Internacionais de 1966, sobre direitos civis e políticos, e sobre direitos econômicos, sociais e culturais, cujos textos, a par do reconhecimento de novos direitos humanos, reafirmam outros já anteriormente declarados. Essas exceções se justificam, porque tais documentos compendiaram, à época em que foram aprovados, o conjunto das normas de proteção da pessoa humana, e inauguraram um novo tempo histórico: a era da cidadania mundial.

CAPÍTULO 1°

MAGNA CARTA — 1215

Redigida em latim bárbaro, a *Magna Carta*[116] *Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae* (Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês) foi a declaração solene que o rei João da Inglaterra, também conhecido como João Sem-Terra, assinou, em 15 de junho de 1215, perante o alto clero e os barões do reino. Embora o texto tenha sido redigido sem divisões nem parágrafos, ele é comumente apresentado como composto de um preâmbulo e de sessenta e três cláusulas.

A *Magna Carta* foi confirmada, com ligeiras alterações, por sete sucessores de João Sem-Terra.

O contexto histórico

A partir do século XI, delineia-se uma clara tendência, em toda a Europa Ocidental, no sentido da centralização do poder, tanto na sociedade civil quanto na eclesiástica.

É verdade que na península itálica, que foi a região da Europa onde o feudalismo começou a extinguir-se por primeiro, já desde fins do século XI haviam sido instituídas formas de limitação do poder político, no quadro de uma organização republicana das comunas. Mas essa nova ordem política durou pouco, pois em menos de duzentos anos todas as cidades-Estados italianas tornaram-se principados.

O fato é que, mesmo na Europa feudal, foi-se afirmando, rapidamente, a predominância de um dos suseranos sobre os outros, ou seja, teve início o movimento gerador de um *primus inter pares*, que viria a ser o rei. Dado que o feudalismo consiste, substancialmene, na relação pessoal entre senhor e vassalo, o rei passava a destacar-se, dentre os senhores feudais, como o primeiro entre todos

os suseranos[117]. Esta a origem da noção política de soberania, nos tempos modernos. Philippe de Beaumanoir, em obra famosa do século XI sobre o direito costumeiro da baronia de Beauvais, na França, dirá que “cada barão é soberano em sua baronia”, mas que “o rei é soberano sobre todos”[118].

Na Igreja, o movimento de reforço da autoridade espiritual e do poder secular do papado foi vigorosamente acelerado com a ascensão ao trono pontifício, em 1073, do monge Hildebrando, que adotou o nome de Gregório VII. A reforma ou, como prefere chamar um autor[119], a revolução gregoriana deu início a uma prolongada contenda entre o imperador e o papa quanto à supremacia universal[120]. A resistência à centralização do poder, na sociedade civil, manifestou-se já desde o final do século XII, foi interrompida com o Renascimento e com a afirmação da monarquia absoluta de direito divino e só voltou a ser contestada em fins do século XVII na Inglaterra[121]. Na Igreja, porém, o poder papal, enfraquecido pelo cisma do século XIV e o movimento conciliar do início do século seguinte[122], encaminhou-se decisivamente, a partir da Reforma protestante e do Concílio de Trento (1545-1563), em direção à monarquia absoluta.

Contra a tendência de instituição de um poder real soberano, os senhores feudais se manifestaram, já desde fins do século XII, em declarações e petições sucessivas, a primeira delas sendo a declaração das cortes de Leão, na Espanha, datada de 1188.

Na Inglaterra, a supremacia do rei sobre os barões feudais, reforçada durante todo o século XII, enfraqueceu-se no início do reinado de João Sem-Terra, a partir da abertura de uma disputa com um rival pelo trono e o ataque vitorioso das forças do rei francês, Filipe Augusto, contra o ducado da Normandia, pertencente ao monarca inglês por herança dinástica (a família Plantagenet). Tais eventos levaram o rei da Inglaterra a aumentar as exações fiscais contra os barões, para o financiamento de suas campanhas bélicas. Diante dessa pressão tributária, a nobreza passou a exigir periodicamente, como condição para o pagamento de impostos, o reconhecimento formal de seus direitos.

Simultaneamente, João Sem-Terra entrou em colisão com o papado, ao apoiar contra este as pretensões territoriais do Imperador Óton IV, seu sobrinho, em conflito declarado com o rei da França. Ademais, tomando o partido imperial na querela das investiduras em cargos eclesiásticos[123], o rei inglês recusou-se a aceitar a designação de Stephen Langton como cardeal de Canterbury, sendo por isso excomungado pelo Papa Inocêncio III (que reinou entre 1198 e 1216). Finalmente, pressionado pela Igreja e pela carência de recursos financeiros, João Sem-Terra decidiu submeter-se ao Papa: declarou a Inglaterra feudo de Roma em 1213 e obteve com isto o levantamento de sua excomunhão.

Dois anos depois, tendo de enfrentar a revolta armada dos barões, que chegaram a ocupar Londres, o rei foi obrigado a assinar a *Magna Carta*, como condição para a cessação de hostilidades. O documento, cuja primeira cláusula trata da liberdade eclesiástica, foi-lhe apresentado pelo próprio cardeal Stephen Langton, cuja nomeação como primaz da Inglaterra ele recusara. João Sem-Terra, porém,

imediatamente após tê-lo assinado, recorreu ao Papa, seu superior feudal, e Inocêncio III declarou o documento nulo, pelo fato de ter sido obtido mediante coação e sem o devido consentimento pontifício. O que não impediu que essa promessa real fosse reafirmada várias vezes pelos monarcas subsequentes.

Importância histórica

A sociedade medieval europeia era composta, basicamente, de três estamentos (*status, Stände, états*), isto é, de grupos sociais dotados de um estatuto jurídico próprio, ligado à condição pessoal de seus integrantes. Eram eles a nobreza, o clero e o povo. Os dois primeiros possuíam privilégios hereditários, e o terceiro tinha como única vantagem o *status libertatis*, isto é, o fato de que os seus componentes não se confundiam com a multidão dos servos de todo o gênero.

É lamentável que, a partir de Marx, a importância dos estamentos na estrutura da sociedade europeia tenha sido largamente negligenciada por historiadores e sociólogos, com a notável exceção de Max Weber[124]. Na verdade, os três estamentos ou ordens da sociedade medieval ordenavam-se hierarquicamente, segundo um modelo que parece ter sido inerente a toda a civilização indo-europeia. No pináculo da organização social, encontrava-se a soberania espiritual, encarnada no sacerdote, monopolizador do saber mitológico e da magia. No patamar intermediário, situava-se a função militar, encarregada da segurança coletiva e representada pela nobreza ou patriciado. No escalão mais baixo, encontravam-se os produtores de riqueza, ligados ao cultivo da terra. A esses três estamentos opunha-se a massa dos que estavam adstritos à condição servil[125].

Um documento do início do século XI, *Carmen ad Rodbertum regem*[126], atribuído a Adálbero, bispo franco de Laon, explica com clareza essa tripartição de funções na estrutura da sociedade medieval. Trata-se de uma série de conselhos dirigidos a Roberto, o Piedoso, rei dos francos, e escritos retoricamente em forma de poema (*carmen*). O trecho importante para o nosso assunto é o seguinte:

“A ordem eclesiástica compõe apenas um só corpo, mas a sociedade inteira está dividida em três ordens. A par do já citado corpo, a lei reconhece outras duas condições (sociais): o nobre e o servo não se regem pela mesma lei. Os nobres são os guerreiros, os prote-tores das igrejas. Defendem todo o povo, assim os grandes como os pequenos, além de se protegerem a si próprios. A outra classe é a dos servos. Esta raça de desgraçados nada possui sem sofrimento. A todos, fornecem eles provisões e vestuário, sem os quais os homens livres pouco valem. Assim, pois, a cidade de Deus, tida como una, é na verdade tríplice. Uns rezam, outros lutam e outros trabalham. As três ordens vivem juntas e não sofreriam uma separação. Os serviços de cada uma dessas ordens tornam possíveis as atividades das duas outras. E cada qual, por sua vez, presta apoio às demais. Enquanto esta lei esteve em vigor, o mundo teve paz. Mas, agora, as leis se debilitam e toda paz desaparece. Mudam

os costumes dos homens e muda também a divisão da sociedade”.

Na época em que foi escrito esse texto, uma clara tendência modificadora dessa tripartição estamental já se iniciara, com a perda da autoridade régia (*imbecillitas regis*), consequente ao enfraquecimento do poder imperial. O império carolíngio desagregava-se e novos reis, desvinculados do imperador, inauguravam suas próprias dinastias. É o caso, justamente, de Roberto, o Piedoso, cujo pai deu origem à dinastia dos Capetos na França. Era contra essa “mudança de costumes” que se dirigia a lamentação de Adálbero, saudoso da ordem tradicional. A revolta dos barões ingleses contra João Sem-Terra, embora defendendo as tradicionais prerrogativas do clero e da nobreza, é outra demonstração da “desordem” denunciada por Adálbero.

Na verdade, na base das mudanças institucionais ocorridas no final da Idade Média, estavam dois amplos movimentos de transformação social: o monaquismo e a revitalização urbana.

O movimento monástico, iniciado no século IV por Santo Antão, no Egito, e levado quase que imediatamente após para a Europa, assentou-se como um poderoso fator de transformação social a partir do século VI, com a fundação e a expansão da ordem beneditina.

A grande inovação das Regras de São Bento, oriunda de seu preceito fundamental — *ora et labora* —, consistiu na valorização ética e religiosa do trabalho e na racionalização da cultura da terra, com a criação de várias técnicas de melhor aproveitamento dos recursos naturais. Em todos os lugares em que se instalaram, os monastérios beneditinos provocaram substanciais avanços técnicos na agricultura, na pecuária e na piscicultura, ao mesmo tempo em que se abriram estradas, drenaram-se regiões pantanosas, criaram-se novos sistemas de irrigação das lavouras por meio da canalização de numerosos cursos d’água.

Pode-se, pois, dizer que a revolução agrícola europeia, que abriu caminho para a revolução industrial do século XVIII, foi em grande parte o resultado da expansão do movimento monástico.

Ora, os monastérios representavam, de certo modo, a fusão dos três estamentos tradicionais da sociedade feudal. Eles reuniram, na mesma instituição e sob as mesmas regras, grande número de jovens oriundos das famílias nobres, numa vida coletiva consagrada à oração e ao trabalho.

Por outro lado, a partir do século XI assistiu-se ao ressurgimento da vida urbana, com o revigoramento comercial consequente à retomada da livre navegação no Mediterrâneo. Desde o século VIII, com efeito, o *mare nostrum* dos romanos transformara-se, por força da expansão árabe, em autêntico “lago muçulmano”. Com início na península itálica e no sul da França, e posterior expansão por toda a Europa, deu-se a fundação de burgos livres, ou burgos de fora (*forisburgus*), ou seja, povoações fundadas por comerciantes junto aos burgos autênticos ou castelos. Nessas povoações novas aparece um grupo social igualmente novo, porque não compreendido nem no estamento nobre nem no dos servos: é a burguesia. Ela se organiza segundo um direito oposto ao feudal, pois o poder político não deriva da

propriedade imobiliária, mas sim da riqueza mercantil. Ademais, a sociedade burguesa não se divide em estamentos, mas é composta de famílias formalmente livres. À divisão jurídica estamental, a burguesia opôs uma divisão econômica entre ricos comerciantes e pobres empregados, a qual deu nascimento às mo dernas classes sociais, regidas por um direito uniforme, desvinculado da condição pessoal.

A estrutura estamental do direito europeu só começou a ser abolida formalmente, no ocidente europeu, a partir da Revolução Francesa. Mas a reforma protestante já a havia enfraquecido significativamente nos países que adotaram a religião reformada, pela extinção da ordem eclesiástica e do estamento clerical. Em Portugal, o sintoma mais claro da desagregação precoce da ordem tripartida do feudalismo foi a multiplicação, bem antes do século XVIII, de uma pluralidade de corporações privilegiadas menores, como as dos desembargadores, dos universitários, dos militares, dos moedeiros, dos titulares de rendas reais[127].

É no contexto dessa evolução histórica que deve ser apreciada a importância da *Magna Carta*. Como salientou um historiador [128], quando editada, em 1215, ela foi um malogro completo. Seu objetivo era assegurar a paz, e ela provocou a guerra. Visava a consolidar em lei o direito costumeiro, e acabou suscitando o dissenso social. Tinha uma vigência predeterminada para apenas três meses, e mesmo dentro desse período limitado de tempo muitas de suas disposições não chegaram a ser executadas. No entanto, a *Magna Carta* foi reafirmada solenemente em 1216, 1217 e 1225, tornando-se, a partir desta última data, direito permanente. Três de suas disposições — as de números 1, 9 (13 na versão de 1225) e 29 (39 e 40 na versão de 1225) — ainda fazem parte da legislação inglesa em vigor.

Em que pese a sua forma de promessa unilateral, feita pelo rei, a *Magna Carta* constitui, na verdade, uma convenção passada entre o monarca e os barões feudais, pela qual se lhes reconheciam certos foros, isto é, privilégios especiais. Ela foi, por conseguinte, antes um foral do que um contrato de senhorio (*Herrschaftsvertrag* do direito medieval germânico; semelhante à constituição das capitanias hereditárias no Brasil colônia). Os contratos de senhorio, com efeito, eram convenções pelas quais se atribuíam poderes regalianos, individualmente, a certos vassalos. No caso, não se tratou de delegações de poderes reais, mas sim do reconhecimento de que a soberania do monarca passava a ser substancialmente limitada por franquias ou privilégios estamentais, que beneficiavam portanto, de modo coletivo, todos os integrantes das ordens privilegiadas.

Mais do que isso, porém, a *Magna Carta* deixa implícito pela primeira vez, na história política medieval, que o rei achase naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita. Quinhentos anos antes, Santo Isidoro (560-636), bispo de Sevilha, já havia defendido a ideia de que o príncipe devia submeter-se às leis que ele próprio promulgara, pois “só quando também ele respeita as leis, pode-se esperar que elas sejam obedecidas por todos” (*Sententiae* III, 51.4).

Assim, se a *Magna Carta* contribuiu, num primeiro momento, para reforçar o regime feudal, ela já trazia em si o germe de sua definitiva destruição, a longo prazo. O sentido inovador do documento consistiu, justamente, no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres —

a nobreza e o clero — existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele. Aí está a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados. Se no início do século XIII os governados ainda não constituíam uma unidade homogênea — o povo da teoria democrática —, eles tendiam a sê-lo, por força do movimento histórico lembrado acima. Aliás, a declaração final da primeira cláusula, segundo a qual o rei e seus descendentes garantiriam para sempre, a todos os homens livres do reino, as liberdades a seguir enumeradas, representou o primeiro passo para a superação oficial das divisões estamentais, pois o que conta doravante é, antes de tudo, o *status libertatis*, independentemente de qualquer outra condição pessoal.

Graças a essa primeira limitação institucional dos poderes do rei, pode-se dizer que a democracia moderna desponta em embrião nesse documento do século XIII. Nada a ver, obviamente, com a *demokratia* grega. Esta se caracteriza, com efeito, pela soberania popular ativa, com o *demos* exercendo conjuntamente as funções legislativa e judiciária, além da tomada das grandes decisões políticas, como a paz e a guerra.

Na democracia moderna, a soberania popular é meramente passiva ou formal, pois o governo é representativo. Em compensação, os poderes governamentais são sempre limitados e as liberdades individuais, solenemente afirmadas.

As principais disposições

As disposições da *Magna Carta* regulam várias matérias e nem todas elas podem ser tidas como importantes, na evolução histórica tendente à progressiva afirmação dos direitos humanos e à instituição do regime democrático. Há, assim, disposições de sentido puramente local ou conjuntural, ao lado de outras que constituem as primeiras fundações da civilização moderna.

Foram selecionadas a seguir as cláusulas que pareceram mais importantes, no sentido de apontar os rumos da evolução histórica posterior.

A cláusula 1, ao reconhecer as liberdades eclesiásticas, notadamente a de livre designação de bispos, abades e demais autoridades, sem necessidade de confirmação régia, aponta para a futura separação institucional entre Igreja e Estado.

As cláusulas 12 e 14 contêm, em sua essência, o princípio básico de que o exercício do poder tributário deve ser consentido pelos súditos, anunciando portanto, *ante litteram*, o brocardo *no taxation without representation* (não haverá tributação sem que os contribuintes deem o seu consentimento, por meio de representantes), que está na origem do moderno sistema parlamentar de governo.

As cláusulas 16 e 23 representam o primeiro passo no sentido da superação do

estado servil, preparando a substituição da vontade arbitrária do senhor, ou patrão, pela norma geral e objetiva da lei, nas relações de trabalho. O sentido primigênio da norma fundamental, inscrita em quase todas as Constituições modernas, segundo a qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, encontra-se nessa disposição da *Magna Carta*.

Nas cláusulas 17 e 40, reconhece-se que o monarca não é dono da justiça, mas que esta constitui, em sua essência, uma função de interesse público. Até então, a fórmula executória dos julgados era literalmente vendida aos demandantes pelos oficiais régios. A partir da *Magna Carta* reconhece-se, portanto, que o rei tem um poder-dever de fazer justiça, assim que solicitado pelos seus súditos.

As cláusulas 20 e 21 lançam as bases do tribunal do júri, bem como do princípio do paralelismo entre delitos e penas, dando início, com isto, ao lento processo histórico de abolição das penas criminais arbitrárias ou desproporcionais.

As cláusulas 30 e 31 estabelecem a garantia do respeito à propriedade privada contra os confiscos ou requisições decretados abusivamente pelo soberano ou seus oficiais.

A cláusula 39, geralmente apontada como o coração da *Magna Carta*, desvincula da pessoa do monarca tanto a lei quanto a jurisdição. Os homens livres devem ser julgados pelos seus pares e de acordo com a lei da terra. Eis aí, já em sua essência, o princípio do devido processo jurídico (*due process of law*), expresso na 14ª Emenda à Constituição norte-americana[129] e adotado na Constituição Federal brasileira de 1988 (art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”). O princípio é reafirmado para determinadas situações particulares, nas cláusulas 52 e 55.

Nas cláusulas 41 e 42, reconhece-se a liberdade de ingresso e saída do país, bem como a livre locomoção dentro de suas fronteiras, a qualquer pessoa em geral e aos comerciantes em particular. A cláusula 41, relativa aos comerciantes, estabelece, aliás, as primeiras normas do que seria, alguns séculos após, o direito da guerra.

O embrião de uma administração pública autônoma e regular encontra-se na cláusula 45.

A cláusula 60 estende a todos os senhores feudais, em relação a seus dependentes e agregados, as mesmas limitações de poder que o rei reconhece para si, relativamente a seus súditos. Inscreveu-se aí, com todas as letras, a superação do próprio regime feudal, pois este em nada mais consistia, em sua essência, do que a soberania absoluta de cada senhor em seu território[130].

Por fim, a cláusula 61 do documento representa o primeiro esboço de um mecanismo de responsabilidade do rei perante os seus súditos, vale dizer, o início do processo de abolição do próprio regime monárquico.

O Texto[131]

(Excertos)

João, pela graça de Deus rei da Inglaterra, senhor da Irlanda, duque da Normandia e da Aquitânia e conde de Anjou, aos arcebispos, bispos, abades, barões, juízes, coiteiros[132], xerifes[133], prebostes[134], ministros, bailios[135] e a todos os seus fiéis súditos. [...]

1. Em primeiro lugar, garantimos perante Deus e confirmamos pela presente Carta, em nosso nome e no de nossos herdeiros para sempre, que a Igreja da Inglaterra será livre e manterá os seus direitos íntegros e as suas liberdades intocadas; e é nossa vontade que assim seja observado; o que é evidente pelo fato de que, antes de principiar a atual querela entre nós e nossos barões, nós, voluntária e espontaneamente, garantimos e pela nossa Carta confirmamos a liberdade de escolha (dos superiores eclesiásticos), a qual é reconhecida como da maior importância e verdadeiramente essencial para a Igreja inglesa, e obtivemos confirmação disto de parte do Senhor Papa Inocêncio III; o que observaremos e queremos que nossos herdeiros observem em boa-fé, para sempre. Garantimos, também, a todos os homens livres de nosso reino, de nossa parte e de parte de nossos herdeiros para sempre, todas as liberdades abaixo indicadas, para que eles e seus herdeiros as possuam.

[...]

12. Nenhuma taxa de isenção do serviço militar (*scutagium*)[136] nem contribuição alguma será criada em nosso reino, salvo mediante o consentimento do conselho comum do reino, a não ser para resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro o nosso filho mais velho e para celebrar, uma única vez, o casamento de nossa filha mais velha; e para isto, tão somente, uma contribuição razoável será lançada. [...]

[...]

14. E para obter o consentimento do conselho comum do reino a respeito do lançamento de uma contribuição (exceto nos três casos supramencionados), ou de uma taxa de isenção do serviço militar, convocaremos os arcebispos, bispos, abades, condes e os principais barões, individualmente por carta — e, ademais, convocaremos de modo geral, por meio de nossos xerifes e bailios, todos os que nos têm como suserano — para uma data determinada, mais exatamente, após transcorridos pelo menos quarenta dias, e em local certo; e em todas as cartas convocatórias, especificaremos a razão da convocação. [...]

[...]

16. Ninguém será obrigado a prestar um serviço maior do que for devido em benefício do feudo de um cavaleiro ou de qualquer outro domínio livre.

17. Ações judiciais ordinárias não terão que ser propostas onde estiver a nossa corte, mas em um lugar fixo.

[...]

20. Um homem livre não será punido por um delito menor (*parvo delicto*), a não ser segundo o grau (reduzido) do delito; por um delito grave a punição será também grave, mas sem prejuízo das prerrogativas inerentes à sua posição social (*salvo contenemento suo*); da mesma forma, um comerciante não será punido com prejuízo do exercício de sua profissão (*salva mercandisa sua*)[137]; assim também,

um vilão não será punido com prejuízo de seu direito de cultivar a gleba (*salvo waynagio suo*)[138] — se obtiverem nossa mercê; e nenhuma das citadas penas será aplicada, a não ser mediante juramento de homens probos da vizinhança.

21. Condes e barões não serão punidos, senão por seus pares e unicamente em proporção à gravidade do delito cometido.

[…]

30. Nenhum dos nossos xerifes ou bailios, ou qualquer outra pessoa, poderá servir-se dos cavalos e carroças de propriedade de um homem livre, sem o seu consentimento.

31. Nem nós nem nossos bailios apossar-nos-emos, para nossos castelos ou obras, de madeiras que não nos pertencem (*alienum boscum*), exceto com o consentimento do proprietário.

[…]

39. Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens (*disseisiatur*), banido (*utlagetur*) ou exilado ou, de algum modo, prejudicado (*destruatur*), nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra[139] (*nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*).

40. O direito de qualquer pessoa a obter justiça não será por nós vendido, recusado ou postergado.

41. Todos os comerciantes serão livres para sair da Inglaterra e nela ingressar, com toda segurança, para permanecer e viajar em seu território, por via terrestre ou aquática, para comprar e vender segundo os costumes antigos e válidos, sem terem que pagar taxas injustas, exceto em tempo de guerra e se eles pertencerem a alguma terra que esteja em guerra conosco. E se estes mercadores estiverem em nossa terra no começo da guerra, ficarão detidos, sem dano para suas pessoas ou bens, até que nós, ou nossas autoridades judiciárias, tomemos conhecimento da maneira como são tratados os nossos comerciantes que se encontravam na terra que se acha em guerra conosco, quando foi deflagrado o conflito, e se os nossos se acharem seguros por lá, os comerciantes estrangeiros também ficarão seguros em nossa terra.

42. Doravante, a todos será lícito, sem prejuízo da submissão à nossa pessoa, sair do reino e a ele voltar, em toda segurança, por terra ou por mar, salvo, no interesse público, durante um curto período em tempo de guerra — com exceção dos que foram presos ou banidos de acordo com a lei do reino, e dos nativos de uma terra que se acha em guerra conosco […].

[…]

45. Não nomearemos juízes, oficiais de justiça, xerifes ou bailios, que desconheçam a lei do reino e não se disponham a observá-la.

[…]

52. Se alguém foi por nós desapossado ou expulso de suas terras, castelos, franquias ou direitos sem o julgamento de seus pares, nós lhos restituiremos imediatamente; e se uma disputa se levantar quanto a isto, que ela seja resolvida

pelo juízo dos vinte e cinco barões abaixo nomeados [...].

[...]

55. Todas as multas por nós aplicadas injustamente e contra a lei da terra, bem como todas as penas impostas injustamente e contra a lei da terra, serão inteiramente comutadas, ou então serão julgadas pelos vinte e cinco barões mencionados abaixo [...].

[...]

60. Todos os direitos e liberdades, cuja observância garantimos em nosso reino, na medida de nossa competência em relação aos nossos homens, serão igualmente observados por todos os clérigos e leigos do nosso reino, em relação àqueles que deles dependem.

61. Considerando, ademais, que foi para glória de Deus e melhoria do nosso reino e para apaziguar a discórdia que surgiu entre nós e nossos barões que garantimos tudo o que acima ficou mencionado; desejando que eles possam fruir disto de modo íntegro e completo para sempre, outorgamo-lhes a garantia a seguir, a saber, que os barões escolherão vinte e cinco dentre eles, os quais devem, com todo o seu poder, observar, manter e fazer com que sejam observadas a paz e as liberdades que lhes garantimos e confirmamos pela presente carta, de tal maneira que se nós, ou nossos juízes, bailios, ou qualquer de nossos servos transgredir qualquer destas cláusulas de paz e segurança, e a transgressão for notificada a quatro dos supramencionados vinte e cinco barões, esses quatro barões virão à nossa presença, ou perante os nossos juízes se estivermos fora do reino, e, expondo a transgressão, requererão que ela seja imediatamente corrigida. E se não a corrigirmos, ou se estivermos fora do reino e a nossa justiça não a corrigir dentro em quarenta dias, [...] os mencionados barões exporão a causa aos restantes daqueles vinte e cinco barões, e estes, juntamente com a comunidade da terra (*communa tocius terre*), poderão embargar-nos ou atacar-nos por todas as maneiras ao seu alcance, notadamente, pela penhora de castelos, terras e propriedades, por todos os meios possíveis, sem prejuízo da incolumidade de nossa pessoa e das pessoas de nossa rainha e de nossos filhos, até que, segundo seu parecer, tenha sido reparado o mal; e assim que tenha havido reparação, eles obedecer-nos-ão como antes. E qualquer pessoa nesta terra poderá jurar obedecer às ordens dos vinte e cinco barões e juntar-se a eles para nos atacar, e damos pública e plena liberdade a quem quer que seja para assim agir [...].

CAPÍTULO 2º

LEI DE HABEAS-CORPUS — INGLATERRA, 1679

Contexto histórico e importância

Durante os agitados anos em que reinaram os Stuart, últimos soberanos católicos da Inglaterra, o Parlamento, maciça-mente protestante, procurou por todos os meios limitar o poder real, notadamente o poder de prender os opositores políticos, sem submetê-los a processo criminal regular.

O habeas-corpus já existia na Inglaterra, havia vários séculos (mesmo antes da *Magna Carta*)[140], como mandado judicial (*writ*) em caso de prisão arbitrária. Mas a sua eficácia como remédio jurídico era muito reduzida, em razão da inexistência de adequadas regras processuais. A Lei de 1679, cuja denominação oficial foi “uma lei para melhor garantir a liberdade do súdito e para prevenção das prisões no ultramar”, veio corrigir esse defeito e confirmar no povo inglês a verdade do brocardo *remedies precede rights*, isto é, são as garantias processuais que criam os direitos e não o contrário. Tal como ocorria no direito romano, o direito inglês não concebe a existência de direitos sem uma ação judicial própria para a sua defesa. É da criação dessa ação em juízo que nascem os direitos subjetivos, e não o contrário. Nos direitos da família europeia continental, à qual se filiam as legislações latino-americanas, prevalece justamente a ideia contrária: os direitos subjetivos são o principal e as ações judiciais, o acessório, que a eles deve adaptar-se. O Có-digo Civil brasileiro, por exemplo, declara que “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura” (art. 75).

A diversidade dessas concepções explica-se pela diferente origem dos grandes sistemas jurídicos europeus. O direito inglês, tal como o direito romano clássico, aliás, sempre foi criado ao longo do tempo pelos práticos do foro: advogados, solicitadores processuais e juízes. Na Europa Continental, diversamente, os sistemas jurídicos, desde a fundação da Universidade de Bolonha no século XI, foram, em sua maior parte, criações intelectuais de jurisconsultos e professores. De onde o seu caráter mais sistemático e abstrato que o do direito inglês.

Em matéria de direitos humanos, esse diferente método de criação do direito deu nascimento a duas linhas de tradição bem distintas: a inglesa e afrancesa. Os ingleses, mais pragmáticos, consideram que o progresso na proteção jurídica da pessoa humana provém mais das garantias, sobretudo judiciais, do que das simples declarações de direitos. Já para a tradição francesa, uma declaração de direitos tem sempre grande força político-pedagógica, como forma de mudança de mentalidades.

A importância histórica do habeas-corpus, tal como regulado pela lei inglesa de 1679, consistiu no fato de que essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tornou-se a matriz de todas as que vieram a ser criadas posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais. Na América Latina, por exemplo, o *juicio de amparo* e o mandado de segurança copiaram do habeas-corpus a característica de serem ordens judiciais dirigidas a qualquer autoridade pública acusada de violar direitos líquidos e certos, isto é, direitos cuja existência o autor pode demonstrar desde o início do processo, sem necessidade de produção ulterior de provas.

Todavia, o dispositivo nuclear do habeas-corpus inglês, qual seja, a ordem para que a autoridade que detém o paciente o apresente incontinenti em juízo (segundo a fórmula tradicional que deu o nome ao instituto: *habeas corpus ad subjiciendum*), não foi reproduzido nas legislações estranhas ao mundo anglo-saxônico, ao acolherem o instituto. Em compensação, o habeas-corpus passou a ser utilizado não só em caso de prisão efetiva, mas também de ameaça de simples constrangimento à liberdade individual de ir e vir.

O Texto[141]

(Excertos)

Considerando que tem havido, por parte dos xerifes[142], carcereiros e outros funcionários, encarregados de custodiar os súditos de Sua Majestade quando acusados de crimes efetivos ou supostos, grande demora em responder aos mandados judiciais (*writs*) de *habeas corpus* a eles dirigidos, [...] usando de vários expedientes para evitar a obediência a tais mandados, contrariamente a seus deveres e às leis conhecidas do país, em razão do que vários súditos de Sua Majestade ficam detidos em cárcere por longo tempo, quando podiam obter fiança, o que lhes cria grandes ônus e vexames.

Para prevenir os fatos supramencionados, e a fim de se alcançar rápido desembaraço a todas as pessoas presas em razão da prática efetiva ou suposta de algum crime, é estatuído pela excelentíssima Majestade do Rei, com o consentimento dos Lordes Espirituais e Temporais, bem como dos Comuns, reunidos no presente Parlamento e pela sua autoridade, que:

(1) Toda vez que alguma pessoa ou pessoas apresentarem um *habeas corpus* a algum xerife ou xerifes, carcereiro, ministro ou quaisquer outras pessoas, em favor de alguém mantido em sua custódia, e dito *writ* for notificado a tais funcionários, ou

deixado na prisão com algum funcionário subordinado, estes funcionários devem, dentro de três dias do recebimento da notificação (exceto se se tratar de traição ou felonia, assim expressamente declarada no mandado respectivo), após pagamento ou oferta das custas correspondentes ao transporte de dito prisioneiro, [...] conduzir ou fazer com que seja conduzido o paciente em pessoa perante o Lorde Chanceler, ou, interinamente, perante o Lorde Guardião do grande sinete da Inglaterra, ou os juízes ou barões do tribunal que deve expedir dito mandado, ou perante a pessoa ou as pessoas às quais dito mandado deve ser devolvido, de acordo com o seu teor, devendo, igualmente, certificar as verdadeiras causas da detenção ou prisão; a menos que o local de encarceramento do paciente seja distante em mais de 20 milhas do local ou locais da sede do mencionado tribunal ou do domicílio da pessoa; e se a distância for de mais de 20 milhas, mas não superior a 100 milhas (a apresentação do paciente deverá ocorrer), dentro de 10 dias, e se a distância for superior a 100 milhas, dentro de 20 dias [...].

[...]